



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학박사학위논문

사이버 명예훼손의 형사법적 연구

2019년 8월

서울대학교 대학원

법학과 형사법 전공

박 정 난

국문초록

현대사회에서는 인터넷이 사람들의 보편적인 의사소통 수단으로 사용됨에 따라 사이버 명예훼손죄가 날이 갈수록 증가하고 있다. 사이버 명예훼손죄의 성부는 표현의 자유와 인격권이라는 헌법상 중대한 기본권을 형량하여야 할 뿐만 아니라 사이버 공간의 특수성도 고려해야 한다는 점에서 결코 가벼운 문제가 아니다.

사이버 명예훼손은 사이버 공간의 익명성, 비대면성으로 인하여 표현이 더 자극적이고 시공간의 초월성 및 정보수집의 용이성으로 인하여 피해가 더 중대하다. 한편 쌍방향성으로 인하여 피해자의 즉각적인 반박이 가능하고 제3자에 의한 토론도 가능하다. 이러한 특성을 고려할 때 사람들이 게시글의 신빙성이 낮다고 판단하고 피해자의 반박도 용이하므로 일반 명예훼손보다 법적 규제를 완화해야 한다는 주장이 존재한다. 그러나 사이버 명예훼손의 피해가 더 중대한 점, 피해자의 반박이 표현물의 전파속도를 따라가기 어려운 점 등을 고려할 때 법적 규제의 완화 주장은 타당하지 않다.

우리나라는 미국, 독일, 일본과 달리 사이버 명예훼손죄에 대하여 형법 이외에 정통방법에 처벌조항을 두어 이원적 법체계를 가지고 있으나, 오늘날 명예훼손죄의 보편적 형태는 오히려 사이버 명예훼손죄라는 점에서 형법으로의 단일화가 요구된다.

한편 피해자를 ID 등으로만 적시하였고 해당 게시글, 주변 사정 등을 종합해 보아도 인적사항을 특정할 수 없는 경우에도 ‘ID를 소유한 사람’으로 피해자로 인정하여 보호해주는 것이 타당하다. 사이버 공간에서 절대적으로 더 시간을 많이 보내는 직업군이 등장하는 등 오늘날 사이버 공간은 더 이상 가상공간이 아니며 사이버 공간에서 쌓은 평판과 명성을 보호해주어야 하기 때문이다. 다만 해당 ID 등으로 상당기간 활동하여 네트워크가 형성되

어 있고 평판이 구축된 경우에 한하여 인정해 줄 필요는 있다.

정통방법은 사이버 명예훼손죄에 대하여 ‘비방의 목적’이라는 추가의 주관적 구성요건을 요구하는데 이는 삭제하는 것이 타당하다. 비방목적과 명예훼손의 고의는 주관적인 의욕의 정도에만 차이가 있을 뿐이고 실제 이를 구별하는 것은 쉽지 않다. 또한 주관적인 의욕이 약한 경우 사이버 공간에서의 행위라는 이유만으로 처벌이 불법성이 감소한다고 볼 수 없다.

사이버 명예훼손은 사이버 공간의 특성상 폼, 링크 설정 등 다양한 유형으로 행해지는데 이것이 “사실적시”에 해당하는지가 문제된다. 폼은 현실공간의 전언에 해당하므로 당연히 사실적시에 해당하고, 적극적인 행위지배가 인정되므로 정범으로 처벌하는 것이 타당하고 판례도 같은 입장이다. 그러나 링크만을 설정하는 것은 표현물이 존재하는 곳의 위치정보만을 제공하는 것이므로 사실적시로 볼 수 없다. 사실적시란 불특정 또는 다수인이 표현물을 인식할 수 있도록 공개하는 것이어야 하는데 링크 설정의 경우 클릭이라는 별도의 행위가 있어야 하고 클릭을 하지 않는 경우 표현물을 인식할 가능성 조차 없어지므로 사실을 “적시” 했다고 보기 힘든 것이다.

한편 사이버 공간의 공간적 초월성 때문에 형법의 장소적 적용범위가 문제된다. 명예훼손죄는 추상적 위험범이고 거동범이므로 명예훼손의 실행행위지만이 속지주의가 적용되는 범죄지에 해당한다. 다만 속지주의 및 속인주의 적용을 받지 못하더라도 형법 제6조의 보호주의에 의하여 피해자가 한국인인 경우 쌍방가별주의에 의하여 우리 형법을 적용할 수 있고, 이러한 원칙에 따라 판단하는 것이 자국민 보호와 신뢰의 원칙 및 국제 법질서의 안정을 조화롭게 도모할 수 있다고 생각된다.

사이버 명예훼손은 직접 범행을 한 자 이외에 제3자인 인터넷서비스 제공자의 형사처벌 문제를 제기한다. 인터넷서비스 제공자는 게시공간의 제공으로 막대한 수입을 거두어 상당한 사회적 영향력을 보유하고 있고 게재물을 통제할 수 있는 기술적 능력도 보유한다는 점에서 일정한 조건 하에 형사

처벌을 부과하는 것은 자기책임의 원칙에 반하지 않는다. 실제로 미국, 독일, 일본 등 외국은 정보통신망 관련 법률에서 인터넷서비스 제공자의 법적 책임의 근거조항을 마련하고 있고 그 요건은 제공자의 표현물 인식 여부 및 표현물 차단 기술적 가능성 여부이다.

반면 우리나라는 위와 같은 법적 근거가 없고 다만 대법원은 최근 전합체 판결로 인터넷서비스 제공자의 민사상 손해배상책임의 요건을 명확히 하였는데 게시물의 불법성이 명백하고, 피해자가 삭제 등 요구를 하였거나 제공자가 게시물의 존재를 알았거나 알 수 있었으며, 기술적·경제적으로 게시물에 대한 통제가 가능한 경우 상당한 기간이 지나도록 제공자가 방치한 경우라고 판시하였다.

인터넷 서비스 제공자의 형사책임의 대상행위는 글이 게시된 이후 이를 방치한 부작위이고, 행위지배를 인정하기 어려우므로 정범으로 의율할 수 없다. 또한 사이버 명예훼손죄는 특성상 게시물이 삭제될 때까지 명예훼손 행위가 계속된다고 볼 수 있으므로 계속범이고 따라서 방조범으로 의율하는데 무리가 없다. 다만 부작위범의 작위의무와 관련하여 기존 학계의 논의는 위험원의 관리자로서 안전의무라는 조리에 근거한 작위의무를 인정하나, 조리의 개념이 지나치게 포괄적이라서 명확성 원칙, 신뢰의 원칙에 반하므로 향후 외국의 입법례와 같이 작위의무의 법적근거를 명확히 마련하는 것이 타당하다고 생각된다.

한편 인터넷을 통한 자유로운 의사소통은 국민들의 정치참여의 활성화도 가져왔고 이에 따라 정치인 등 공인에 대한 명예훼손 문제가 중요한 법적 쟁점이 되고 있다. 현행법 및 판례에 따르면 이러한 경우 아무리 진실을 적시하여도 일단 명예훼손죄의 구성요건에 해당하고 다만 형법 제310조에 따라 위법성이 조각될 뿐이다. 그러나 이는 타당하지 않고 공인의 공적 영역에 관한 진실 공표는 비범죄화하는 것이 마땅하다. 국민으로서 국가, 정부 정책 등에 대한 진실을 공표할 표현의 자유 및 알권리는 공인의 명예권보

다 우위에 있는 상위 기본권이고, 헌법 제1조의 헌법원리인 국민주권주의를 구현하기 위한 가장 중요한 장치이다. 즉 정치적 표현의 자유는 표현의 자유의 본질적 영역으로 어떠한 이유로도 제한되어서는 안되고 그에 따른 공인의 명예권 제한은 수인되어야 하는 것이다. 따라서 공인의 공적 영역에 관한 진실 적시는 범죄로서의 불법성이 없고, 이를 명예훼손죄로 규정하고 있는 형법조문은 비례의 원칙에 위반하여 위헌이다. 정책적으로도 정치인의 전략적 봉쇄소송을 막고 정치적 풍자 등 의견표명에 대하여 사실적시 명예훼손죄의 기소가 남용되는 것을 막기 위해서라도 비범죄화는 필요하다.

특히 사이버 공간 안에서 행해지는 정치적 표현의 자유의 보장은 쌍방향성이라는 특수성상 국민들의 활발한 정치참여, 진정한 민주정치 실현의 밑거름이 되어주므로 더욱더 비범죄화의 필요성을 뒷받침해준다.

비범죄화의 대상인 공인은 국민의 상시적 비판과 감시를 수인해야 하는, 업무집행에 있어서 오로지 국민의 이익만을 추구해야 하는 국가업무를 수행하는 사람으로 실질적으로 정부정책 및 내용을 결정할 수 있을 정도의 위치에 있는 고위공직자와 정치인이 해당된다고 판단된다. 그리고 공인의 생활영역을 내밀 영역, 사적 영역, 사회적 영역으로 나누고, 원칙적으로 사회적 영역이 공적 영역이라고 할 수 있겠고, 사적 영역의 경우는 상황에 따라서 공인의 자질, 도덕성 등과 관련된 경우 공적 영역으로 볼 수 있다. 그리고 공인의 명예권이 부당하게 침해되지 않기 위해서는 진실성 입증과 관련하여 허위사실 명예훼손죄에 대한 대법원 판례의 해석을 참고할 필요가 있다.

한편 비범죄화의 근거를 고려할 때 민사상 명예훼손의 불법성도 인정하기 어려운 것으로 생각되고, 프라이버시권 침해도 공적 사안과 관련된 것이므로 쉽게 인정되기는 어렵다고 보여진다. 관련된 처벌법규를 보건데 후보자 비방죄도 같은 근거로 비범죄화의 필요성이 있고, 모욕죄의 경우 주관적 의견 표명은 사실적시보다 표현의 자유를 더 보호받아야 한다는 점에서 비범죄화가 필요하나 악의적이고 상당성을 잃은 표현은 처벌의 필요성이 있으

므로 개별사안마다 판단해야 할 것이다. 한편 개인정보보호법위반죄는 공개된 공인의 개인정보가 공적 사안과 관련된 것인지 여부를 개별 사안마다 판단하여 범죄 성부를 판단해야 할 것이다.

[주요어: 사이버 명예훼손, ID 소유자의 명예, 사실 적시, 형법의 장소적 적용범위, 인터넷서비스 제공자의 형사책임, 비범죄화]

[학 번: 2011-31051]

목 차

제1장 서론	1
제1절 연구의 목적	1
제2절 연구의 범위와 방법	6
제2장 사이버 명예훼손의 의의	8
제1절 사이버 명예훼손의 개념 및 구체적 사례	8
1. 개념	8
2. 유죄가 선고된 구체적 사례	10
제2절 사이버 명예훼손의 특성 및 법적 규제의 정도	12
1. 특성	12
2. 법적 규제의 정도	15
제3장 명예훼손죄의 연혁과 비교법적 고찰	19
제1절 명예훼손죄의 연혁	19
1. 명예훼손죄의 연혁	19
2. 우리 형법상 명예훼손죄의 연혁	20
3. 소결	22
제2절 사이버 명예훼손죄에 관한 외국 법제 및 판례	23
1. 미국	23
2. 독일	28
3. 일본	32

제4장 사이버 명예훼손행위에 관한 형사법적 쟁점39

제1절 현행법 체계에 대한 비판적 검토39

1. 사이버 명예훼손죄에 대한 처벌법규39
2. 정통망법위반(명예훼손)죄와 형법상 명예훼손죄와의 관계40
3. 사이버 명예훼손죄의 형법 편입방향에 대한 검토42

제2절 구성요건과 관련된 쟁점44

1. 사이버 공간에서의 ID 등의 명예의 주체 인정 여부44
2. 정통망법 제70조의 “공공연하게”에 대한 해석51
3. 정통망법 제70조의 “비방의 목적” 요건에 대한 비판적 검토55
4. “사실 적시”와 관련한 사이버 명예훼손죄의 특수한 형태 검토62

제3절 형법의 장소적 적용범위에 관한 고찰72

1. 서설72
2. 형법의 장소적 적용범위73
3. 사이버 공간의 특수성에 따른 고찰76

제4절 인터넷 서비스 제공자의 형사책임80

1. 서설80
2. 외국의 입법례82
3. 현행법의 구성91
4. 판례의 태도95
5. 일반적인 학계의 설명102
6. 인터넷서비스 제공자의 형사책임을 인정해야 할 대상행위105
7. 기존 논의에 대한 비판적 검토107

제5장 공적 사안에 관한 사실적시의 비범죄화112

제1절 인터넷 시대에서의 국민의 정치 참여 활성화112

제2절 외국법제 및 판례의 태도	112
1. 미국	112
2. 독일	121
3. 일본	126
4. 소결	127
제3절 현행법제 및 판례의 태도	131
1. 서설	131
2. 정당행위에 의한 위법성 조각	131
3. 형법 제310조에 의한 위법성 조각	133
4. 판례의 태도	141
5. 검토	169
제4절 비범죄화의 필요성	169
1. 비범죄화에 관한 다양한 논의	169
2. 국회 발의 개정안	182
3. 비범죄화의 범위 및 근거	195
4. 사이버 명예훼손죄에 있어서 특수성	218
제5절 비범죄화의 개정방향	219
1. 공인의 범주	219
2. 공적 영역의 범주	235
3. 진실성 입증과 관련된 문제	242
4. 구체적인 개정 입법안 제시	260
제6절 다른 법적 구제수단의 검토	263
1. 서설	263
2. 명예훼손으로 인한 불법행위책임	264
3. 프라이버시권 침해로 인한 불법행위책임	266
4. 정정보도청구권 등 행사	272

제7절 타 처벌법률과의 관계	274
1. 서설	274
2. 공직선거법	274
3. 개인정보보호법	282
4. 모욕죄	290
 제6장 결론	 298
 〈참고문헌〉	 309
 〈Abstract〉	 318

제1장 서론

제1절 연구의 목적

명예훼손죄는 다른 범죄와 달리 헌법상 중요한 기본권인 표현의 자유와 인격권 내지 명예권이 충돌하기에 그 죄의 성립 범위에 관한 지속적인 고민이 있어왔다. 특히 최근에는 국내에 미투 운동(Me Too Movement)의 등장과 함께 성폭력 피해사실의 공표가 명예훼손죄로 처벌될 수 있는 부당성을 지적하면서 명예훼손죄 존폐에 대한 논의가 다시 뜨거워지고 있다.

우리 형법은 제307조부터 제312조까지 명예에 관한 죄를 규정하고 있다. 제307조 제1항에서는 “공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자”를 처벌하고, 제2항에서는 “공연히 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자”를 처벌한다. 그리고 제308조에서는 “공연히 허위의 사실을 적시하여 사자의 명예를 훼손한 자”를 처벌하고, 제309조에서는 “비방의 목적으로 신문, 잡지, 라디오 기타 출판물에 의하여 제307조의 죄를 저지른 자”를 가중처벌한다. 또한 제310조에서 특수한 위법성조각사유를 규정하고 있고, 제312조에서 사자에 대한 명예훼손죄는 친고죄로, 명예훼손죄와 출판물 등에 의한 명예훼손죄는 반의사불벌죄로 규정하고 있다.

그런데 현대사회에서의 명예훼손죄는 주로 사이버 공간에서 발생하고 있다. 정보통신기술의 발달로 인하여 거의 모든 사무처리가 전산화되었고 각 가정에도 대부분 1대 이상의 컴퓨터나 노트북 등을 보유하고 있으며 국민 대부분이 휴대전화와 휴대정보단말기¹⁾의 장점을 결합한 소위 스마트폰(smart phone)을 사용하고 있다. 3세에 불과한 영아도 스마트폰을 능수능란

1) PDA(personal digital assistant)로서 정보처리기능과 무선통신기능이 결합된 휴대용 통신정보 기기임(동아 새국어사전, 동아출판 제5판, 2019.)

하게 사용하고 있는 상황으로, 전국민이 매일 인터넷에 접속하고 있다고 해도 과언이 아니다. 따라서 사이버 공간에서의 활동이 현실 공간에서의 활동만큼 비중을 차지하게 되었고, 그에 따라 사이버 공간을 통한 의사소통이 사람들의 의사소통의 대부분을 차지하게 되면서 사이버공간 안에서 명예훼손죄가 급증하고 있다.

실제 2016년에 발생한 컴퓨터 범죄²⁾ 발생건수 32,456건 중 정보통신망이용촉진 및정보보호등에관한법률위반(명예훼손)죄는 9,056건으로 27.9%를 점유하여 가장 비중이 높았고, 아래 표에서 볼 수 있는 바와 같이 2012년부터 지속적으로 건수와 명수가 증가하는 추세이다.³⁾

<표1> 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(명예훼손)죄의 연도별 추이

연도	2012	2013	2014	2015	2016
건수 (증가율)	4,809	5,439 (13.1%)	5,942 (9.2%)	7,321 (23.2%)	9,056 (23.7%)
명수 (증가율)	6,348	7,813 (18.8%)	8,318 (6.5%)	10,376 (24.7%)	13,305 (28.2%)

그런데 명예훼손죄를 어느 범위까지 인정하고 인정하지 않을 것인지는 헌법 제10조의 인격권에 근거하는 명예권과 헌법 제21조의 표현의 자유, 알 권리 등의 기본권의 충돌이 전제로 깔려 있다는 점에서 가벼운 문제가 아니다.

헌법 제10조에는 ‘모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복

2) 컴퓨터 범죄에는 형법범죄[컴퓨터등사용사기죄(형법 제347조의2), 컴퓨터등장애업무방해죄(형법 제314조 제2항 등), 개인정보보호법위반죄, 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반죄 등이 포함된다.(범죄백서, 법무연수원, 통권 제34호, 2017, 136-137면)

3) 범죄백서, 위의 책, 150-151면.

을 추구할 권리를 갖는다’ 라고 규정되어 있다. 헌법 제10조를 토대로 인간의 존엄과 가치를 실현하고 행복을 추구하는데 필요한 구체적 기본권이 도출된다. 헌법재판소는 도출되는 기본권으로 일반적 행동자유권 내지 자기결정권⁴⁾, 일반적 인격권⁵⁾을 인정하는데, 일반적 인격권에는 초상권, 명예권, 성명권 등이 포함된다.⁶⁾

인격을 자유롭게 발현할 수 있는 상태에 대한 보장인 ‘일반적 인격권’의 보호를 위하여는 인간이 독자적인 개성을 자율적으로 형성할 수 있는 개인적 생활영역인 사생활이 보호되어야 하고 다른 한편으로는 개인이 자신의 사생활 영역을 외부에 공개할 것인지에 관한 결정권 뿐만 아니라 외부세계에 묘사되는 자신의 사회적 인격상에 관하여 스스로 결정할 권리가 보장되어야 하는데, 명예권은 이러한 사회적 인격상에 대한 자기결정권의 주된 권리라고 할 수 있다.⁷⁾ 현재 결정례는 “헌법 제37조 제1항은 국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다고 규정하고 있는데 이는 헌법에 명시적으로 규정하지 아니한 자유와 권리라도 헌법 제10조에서 규정한 인간의 존엄과 가치를 위하여 필요한 것일 때에는 이를 모두 보장함을 천명한 것이다. 이러한 기본권으로서 일반적 행동자유권과 명예권 등을 들 수 있다” 고 실시하기도 하였고⁸⁾ 대법원 판례도 명예권을 인격권의 일종으로 파악하고 있다.⁹⁾

한편 헌법 제21조는 언론·출판의 자유 즉 표현의 자유를 규정하고 있다. 표현의 자유는 자신의 생각 또는 의견을 언어, 문자 등으로 불특정 다수인에게 표명하거나 전달하는 의사표현의 자유, 언론기관 등이 객관적 사실 등

4) 헌법재판소 2003. 10. 30. 선고 2002헌마518 결정.

5) 헌법재판소 2003. 6. 26. 선고 2002헌가14 결정.

6) 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2016, 415-427면.

7) 한수웅, “표현의 자유와 명예의 보호-한국, 독일과 미국에서의 명예훼손 법리에 관한 헌법적 고찰과 비판을 겸하여-”, 저스티스 통권 제84호, 한국법학원, 2005.

8) 헌법재판소 2002. 1. 31. 선고 2001헌바43 결정.

9) 대법원 2013. 3. 28. 선고 2010다160950 판결.

을 보도 및 전파할 수 있는 자유인 보도의 자유, 보도매체를 이용해서 자신의 의견을 밝히고 여론형성에 기여할 수 있는 액세스권 등을 내용으로 한다.¹⁰⁾ 헌법재판소는 표현의 자유는 자유로운 인격발현의 수단이고 합리적이고 건설적인 의사 형성 및 진리 발견의 수단이며 민주주의 국가의 존립과 발전에 필수불가결한 기본권으로서의 중요성을 가진다고 판시한 바 있다.¹¹⁾ 또한 헌법재판소는 알권리도 표현의 자유의 한 내용으로 파악한다. 즉 “헌법 제21조는 언론·출판의 자유, 즉 표현의 자유를 규정하고 있는데 이 자유는 전통적으로 사상 또는 의견의 자유로운 표명과 그것을 전파할 자유를 의미하는 것으로서 사상 또는 의견의 자유로운 표명은 자유로운 의사의 형성을 전제로 한다. 자유로운 의사의 형성은 정보에의 접근이 충분히 보장됨으로써 비로소 가능한 것이며 그러한 의미에서 정보에의 접근·수집·처리 자유 즉 ‘알권리’는 표현의 자유와 표리일체의 관계에 있으며 자유권적 성질과 청구권적 성질을 공유하는 것이다...나아가 현대사회가 고도의 정보화사회로 이행해감에 따라 ‘알권리’는 한편으로 생활권적 성질까지도 획득해 나가고 있다. 이러한 ‘알권리’는 표현의 자유에 당연히 포함되는 것으로 보아야 하며 인권에 관한 세계선언 제19조도 ‘알권리’를 명시적으로 보장하고 있다”고 설시한 바 있다.¹²⁾ 또한 위 결정에서 헌법재판소는 알권리를 보호하는 것은 헌법 제1조의 국민주권주의, 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치, 헌법 제34조 제1항의 인간다운 생활을 할 권리도 아울러 신장시킨다고 판시하였다. 알 권리는 일반적으로 정보에 접근하고 수집·처리함에 있어서 국가권력의 방해받지 아니하는 자유권적 성질과 의사형성이나 여론형성에 필요한 정보를 적극적으로 수집하고 수집을 방해하는 방해제거를 청구할 수 있는 청구권적 성질을 가지고 있다.

10) 정종섭, 앞의 책(주6), 605-606면.

11) 헌법재판소 1998. 4. 30. 선고 95헌가16 결정.

12) 헌법재판소 1991. 5. 13. 선고 90헌마133 결정.

따라서 이러한 중차대한 두 기본권축의 조화로운 조정을 위하여 헌법 제 24조 제4항에서 “언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회 윤리를 침해하여서는 아니된다” 라고 규정하여 언론·출판의 자유에 대한 한계를 헌법에서 명시하고 있다. 또한 일반적 규범이라고 할 수 있는 헌법 제 37조 제2항의 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”의 규정에 의하더라도 명예보호를 위하여 표현의 자유에 대한 제한이 가능하다. 명예훼손적 표현행위에 대하여 명예훼손죄로 처벌하는 것도 같은 맥락이다.

한편 사이버 명예훼손죄는 발생무대가 사이버 공간이라는 점에서 위와 같은 점을 고려함에 있어서 사이버 공간의 특수성을 반영해야 할 필요가 있다. 사이버 공간은 비대면적 상황에서 익명성이 보장되고, 표현이 짧은 시간 안에 광범위하게 전파될 수 있고 그 전파의 범위 또한 시공간을 초월한다는 등의 특수성을 지닌다. 이러한 공간적 초월성은 현실공간에서의 명예훼손죄에서는 문제되지 않는 형사소송의 관할 문제를 야기한다. 즉 명예훼손적 글을 적시한 웹사이트의 근거지, 적시한 피고인의 주소지, 명예훼손적 표현을 접한 피해자의 주거지 등의 국가가 모두 다른 경우 과연 어느 나라의 형법을 적용하여 수사 및 재판을 할 것인지가 문제될 수 있는 것이다.

본 논문에서는 이러한 문제의식을 토대로 현대사회에서의 대표적인 명예훼손죄인 사이버 명예훼손죄에 대하여 검토하고자 한다. 사이버 공간의 특수성과 관련된 사이버 명예훼손죄의 특징 및 유형을 살펴보고, 이를 토대로 표현의 자유 및 개인의 명예권을 조화시키는 방향으로 사이버 명예훼손죄의 구성요건 해석을 도모하고자 한다. 그리고 인터넷 시대의 도래와 함께 국민의 정치참여가 놀라울 정도로 활성화된 현 시점에서 중요한 쟁점인 공

인의 업무집행에 대한 진실공표와 관련하여 명예훼손죄의 성립범위를 구체적으로 검토하고자 한다.

제2절 연구의 범위와 방법

위와 같은 연구 목적을 달성하기 위하여 이 논문에서는 다음과 같이 연구를 진행하기로 한다.

제1장에서는 연구의 목적, 범위 및 방법을 제시한다.

제2장에서는 사이버 명예훼손죄의 개념 및 특성을 살펴보고자 한다. 본격적인 고찰에 앞서서 사이버 공간이라는 개념의 포괄성을 고려하여 본 논문에서 다루고자 하는 사이버 명예훼손죄의 개념을 기본적으로 명확히 설정하고자 한다. 그리고 본 논문 전반에 걸쳐서 기본적으로 고려해야 하는 사이버 명예훼손죄의 특수성을 선행적으로 검토하면서 현실공간에서의 명예훼손죄와 비교하여 규제의 정도를 강화할 것인지 완화할 것인지에 대하여 살펴보고자 한다.

제3장에서는 명예훼손죄의 연혁 및 비교법적 고찰을 논하고자 한다. 사이버 명예훼손죄의 성립범위 및 사법처리의 적정한 방향을 모색함에 있어서 명예훼손죄를 형사상 처벌하게 된 본래적 취지와 다른 나라들의 입법례를 살펴보는 것은 매우 중요하다. 따라서 명예훼손 행위에 대하여 어떠한 배경에서 형사상 처벌하게 되었는지 그 연혁을 고찰하고, 우리나라 입법에 지대한 영향을 미쳐온 미국, 독일, 일본 등 각국에서 사이버 명예훼손죄를 처벌하는 법제 및 판례를 비교법적으로 검토하고자 한다.

제4장에서는 사이버 명예훼손행위에 관한 형사법적 쟁점을 검토하고자 한다. 우리나라는 형법에서 명예훼손죄 처벌을 규율하는 한편 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률(이하 ‘정통망법’으로 약칭한다.)인 특별법

을 별도로 마련하여 사이버 명예훼손죄 처벌을 규율하고 있다. 따라서 이들 법률의 관계를 살펴보고, 지금의 현행 법체계가 적정한지를 비판적으로 고찰해보도록 한다. 한편 정통방법이 규율하고 있는 사이버 명예훼손죄의 구성요건을 실무에서 주로 문제되는 쟁점을 중심으로 살펴보면서 적정한 범죄 성립범위를 고찰해보고자 한다. 구체적으로 ID 사용자의 사이버 명예훼손죄의 피해자 인정 여부, 사이버 명예훼손죄에서의 ‘공연성’ 및 ‘비방의 목적’의 의미, 소위 ‘팸글’이나 ‘링크 설정’을 사실적시로 볼 수 있는지를 살펴보고자 한다. 그리고 사이버 공간의 특성으로 발생하는 형법의 장소적 적용범위 및 인터넷 서비스제공자(ISP)의 형사책임 인정여부 등을 검토하고자 한다.

제5장에서는 공적 사안에 관한 진실 적시의 비범죄화를 논하고자 한다. 인터넷 시대의 국민의 정치참여 활성화로 인한 이 논의의 당위성을 선행적으로 살펴보고 이와 관련된 우리 법제와 외국 법제를 비교법적으로 살펴보고자 한다. 그리고 공인의 공적 영역에 관한 진실 공표에 대한 비범죄화의 당위성, 특히 사이버 명예훼손죄에서의 비범죄화의 당위성을 검토하고자 한다. 나아가 비범죄화의 대상인 공인 및 공적 영역의 적정한 범주를 모색하고 다른 법적 피해구제수단 및 공직선거법의 후보자 비방죄, 모욕죄 등 다른 관련 죄명과의 관계를 검토하고자 한다.

제6장에서는 이상의 논의들을 종합하여 결론을 맺기로 한다.

이와 같은 내용의 연구를 진행하기 위하여 이 연구논문에서 논의하는 사항과 관련한 선행연구자들의 국내외 논문이나 단행본과 같은 문헌조사를 기본으로 국내외 판례 및 관련된 통계자료도 함께 검토하도록 하겠다.

제2장 사이버 명예훼손의 의의

제1절 사이버 명예훼손의 개념 및 구체적 사례

1. 개념

사이버 명예훼손은 사이버 공간(cyber space)을 무대로 하는 명예훼손 행위이다. 사이버(cyber)를 우리말로 번역하면 ‘컴퓨터와 관계 있는’ 것을 의미한다.¹³⁾ 사이버라는 용어는 캐나다의 공상과학 소설가인 윌리엄 깁슨(William Gibson)이 1984년 그의 소설인 노이로만썬(Neuromancer)에서 가상 공간의 의미로서 처음 사용하였는데, 현재는 위 사전적 의미가 보여주듯이 통상적으로 컴퓨터와 관련 있는 것으로 받아들여지고 있다.

따라서 본 논문에서 사이버 명예훼손은 컴퓨터를 사용한 명예훼손, 보다 명확히 말하면 인터넷에 접속하여 행한 명예훼손이라고 정의한 후 이하 논의하도록 하겠다.

사이버 명예훼손의 유형은 크게 홈페이지와 같이 일반이 아무런 제한 없이 접근이 가능한 형태, 커뮤니티와 같이 회원만이 접근 가능한 형태, 일대일 개별 접속형태로 나눌 수 있다.¹⁴⁾

첫째, 일반인들이 아무런 제한 없이 접근이 가능한 공간으로 홈페이지 게시판이나 블로그 등에 글을 작성하는 유형이다. 홈페이지 게시판의 경우 일반기업이나 공공기관의 홈페이지, 병원이나 조합 등 단체의 홈페이지, 개인 홈페이지 등의 상담게시판 등을 이용하여 명예훼손성 글을 남긴다. 또한 블

13) 동아 프라임 영한사전, (주)동아출판, 2008.

14) 사이버 명예훼손의 유형에 대하여는 김기홍, “사이버 명예훼손과 모욕의 형사책임에 관한 연구”, 중앙대학교 대학원 석사학위 논문, 2015, 14-15면 참조.

로그(blog)는 웹(web)과 로그(log)의 줄임말로 개인이 자신의 관심사에 따라 자유롭게 칼럼, 일기, 취재 기사 따위를 올리는 웹사이트로서¹⁵⁾ 블로그의 운영자가 직접 명예훼손성 표현물을 올리거나 운영자가 올린 표현물에 대하여 블로그를 방문한 네티즌이 명예훼손성 댓글을 올리는 방식으로 이루어진다.

둘째, 커뮤니티 형태로 회원제로 운영되는 공간인 카페, 클럽, SNS(Social Network Service), 토론방 등을 이용한 유형이다. 현재 다음, 네이버 등 다수의 인터넷 포털사이트에 카페, 클럽, 토론방 등이 개설되어 있는데 주로 본인의 닉네임과 아이디가 노출되지 않는 익명게시판에서 명예훼손이 행해진다. SNS의 대표적인 예로 페이스북(facebook), 트위터(twitter) 등이 있다. 페이스북은 2004년 미국에서 개설된 온라인 서비스로, 미국 나이를 기준으로 13세 이상이면 누구나 이름·이메일·생년월일·성별 기입만으로 간단하게 회원으로 가입할 수 있고, ‘친구 맺기’를 통하여 많은 사람들과 웹상에서 만나 각종 관심사와 정보를 교환하고, 다양한 자료를 공유할 수 있다. 따라서 페이스북 가입자가 명예훼손성 글 등을 게시하거나 방문자들이 명예훼손성 댓글을 게시하는 방법으로 명예훼손이 행해진다. 트위터도 2006년 미국에서 개설된 온라인 서비스로 실시간으로 하고 싶은 말을 짧게 올릴 수 있는 공간이다. 한 번에 쓸 수 있는 글자수도 최대 140자로 제한되어 있다. 또한 페이스북의 ‘친구맺기’와 비슷한 개념이지만 상대방이 허락하지 않아도 일방적으로 ‘뒤따르는 사람’의 의미인 ‘팔로워(follower)’로 등록할 수 있는 점이 특징이다. 또한 팔로어가 댓글을 작성할 수 있을 뿐만 아니라 리트윗(retweet) 기능을 이용하여 자신의 트위터 계정에 게시글을 그대로 복제하여 올림으로써 자신의 팔로워들이 이를 접할 수 있게 한다. 따라서 트위터에서는 실시간 게시글 및 댓글 작성, 리트윗 등을 통하여 명예훼손이

15) 동아 새국어사전, 동아출판 제5판, 2019.

행해지고 있고 반복적이고 연쇄적인 리트윗 기능으로 인하여 전파성 및 피해정도가 매우 크다.

셋째, 일대일 개별 접속형태의 공간으로 온라인 채팅, P2P 서비스, 전자우편(Electronic mail) 및 메신저(messenger)의 유형이 있다. 전자우편은 인터넷 이용자끼리 편지를 주고 받는 것으로 개인적 전자서신 뿐만 아니라 메일링리스트(mailing list)를 통하여 공통주제에 대하여 관심 있는 다수의 이용자들에게 정보를 동시에 발송하는 메일유형이 있는데 후자의 경우는 사이버 명예훼손의 성립가능성이 높다. 또한 온라인 채팅이나 메신저의 경우 인터넷을 통하여 실시간으로 메시지와 데이터를 주고 받을 수 있고, 여러 명이 대화를 하면서 명예훼손성의 글, 사진, 동영상 등을 주고받을 수 있어 트위터와 마찬가지로 그 전파성 및 피해정도가 매우 크다. 2010년 우리나라에서 개설된 모바일 메신저 애플리케이션인 카카오톡(kakaotalk)은 대표적인 메신저의 유형으로 무료 통화(음성 및 영상), 문자 메시지 서비스뿐만 아니라 사진, 동영상, 음성 메일 서비스를 제공하며, 일대일 및 그룹 채팅 기능을 지원한다.

2. 유죄가 선고된 구체적 사례

(1) 인터넷 포털사이트 게시판을 이용한 사례

피고인이 네이버 지식인 게시판의 의견란에 “전 여기서 쌍꺼풀 없애는 수술을 하고 피해를 엄청 본 사람입니다. 쌍꺼풀 없애는 수술이 없던 쌍꺼풀을 만들고 이것도 자부심을 느낀다하니 이런 병원은 이제 없어져야 한다고 생각합니다. 어제는 주사바늘로 눈을 찌르기까지 하는데 이런 사람을 의사로 지켜볼 수 만은 없어 큰 결심을 합니다... ○○ 성형외과 피해를 본 사

람들을 모집합니다. 그래서 같이 집단소송에 들어갈 것입니다. 여기 병원에서 피해를 보신 분들은 집단 소송 사무실로 전화주시기 바랍니다.” 라는 글을 약 40여 일간 49회에 걸쳐 게시한 사안¹⁶⁾이다.

(2) 스마트폰 SNS를 이용한 사례

피고인이 스마트폰 SNS 애플리케이션인 ‘하이데어’를 이용하여, 마치 세월호 구조현장에 투입된 친구와 카카오톡으로 대화를 나누면서 그 친구로부터 ‘근데 하지 말란다..개새끼들..진짜 그냥 가고 싶다..저런 것들도 사람이라고..시발 왜 내가 여기서 이러는지 모르겠다..진짜 시발이다 좇도 “등 세월호 내부에 사체가 가득한 것이 확인되었음에도 구조를 담당하여 지시하는 사람들이 사체를 수습하지 못하게 막고 있는 듯한 이야기를 들은 것처럼 대화내용을 꾸며내고 이 대화장면을 캡처하여 게시한 사안¹⁷⁾이다.

(3) 인터넷 뉴스사이트에 기사를 게시한 사례

피고인이 인터넷 뉴스사이트인 오마이뉴스에 “각테일바 여사장 H씨는 23일 오마이뉴스 기자와 만나 ‘주의원이 술을 마시는 도중 계속적으로 여성 성기를 비유한 욕설을 하면서 추태를 부렸다’면서 ‘차마 말로 옮기질 못할 정도로 심한 성적 모욕감을 느꼈다’고 주장했다”는 내용의 기사를 게시하고, 또한 “22일 밤 술자리 추태사건이 벌어졌던 대구 모 호텔 지하 L 각테일바의 H사장은 이번 사건의 발단이 됐던 주○○ 한나라당 의원의 추태가 사실이라고 재확인했다”는 허위 내용의 기사를 게시한 사안¹⁸⁾이다.

16) 서울중앙지법 2015. 4. 29. 2014고정3845 판결.

17) 대법원 2015. 1. 29. 선고 2014도15438 판결.

18) 대법원 2008. 11. 27. 선고 2007도5312 판결.

제2절 사이버 명예훼손의 특성 및 법적 규제의 정도

1. 특성

일반 명예훼손과 구별되는 사이버 명예훼손의 특성은 사이버 공간의 특성에서 비롯된다.

첫째, 비대면성 및 익명성이다. 사이버 공간에서는 대중을 마주하지 않고 자신의 신원을 밝힐 필요 없이 자유롭게 표현행위를 할 수 있다. 이는 보복 등 두려움 없이 진실을 밝힐 수 있는 긍정적인 면도 있지만, 부정적인 측면도 적지 않다. 즉 사이버 공간에서 사람들은 주저하거나 긴장하지 않고 대범하게 더 적극적으로 표현행위를 하게 되고 이에 따라 노골적이고 자극적인 표현이 범람하게 된다. 그리고 익명성이 보장되므로 사이버 공간에서 사람들은 확인되지도 않은 사실임에도 불구하고 마치 진실인 것처럼 포장하여 표현을 하는 경우가 적지 않다.

둘째, 쌍방향성(two-way)이다. 현실 공간에서 표현은 일방향성(one-way)을 띄므로 현장에 없는 명예훼손의 피해자는 즉각적인 반박이 어렵고 추후 시간이 흘러 간접적으로 자신에 대한 명예훼손 사실을 알았을 때에서야 비로소 반박을 할 수 있다. 그런데 사이버 공간에서 사람들은 타인의 표현을 수동적으로 수용할 뿐만 아니라 적극적으로 자신의 표현을 자유롭게 하는 이중적 지위를 향유하고 있다. 따라서 명예훼손의 피해자는 즉시 자신의 입장을 변호할 수 있는 글을 올리는 등 적극적인 방어를 할 수 있고, 나아가 명예훼손의 당사자가 아닌 제3자인 네티즌¹⁹⁾에 의한 토론도 가능하다. 우리 헌법재판소도 이러한 사이버 공간의 특성을 지적하며 인터넷에 대하여

19) 시민을 뜻하는 시티즌(citizen)과 통신망을 뜻하는 네트워크(network)의 합성어로서, 컴퓨터 통신에 참여하는 사람을 뜻하고 순우리말로 '누리꾼'이라고도 함(동아 새국어사전 동아출판 제5판, 2019).

“가장 참여적인 시장” 이고 “표현촉진적인 매체” 라고 설시한 바 있다.²⁰⁾ 셋째, 시공간을 초월하는 전파성이다. 디지털 매체의 뛰어난 정보처리 및 보존능력 때문에 수십 년 전에 작성된 인터넷 게시판의 글도 손쉽게 검색할 수 있다. 따라서 현실 공간에서의 명예훼손이 시간이 지나면 잊혀질 수 있음에 반하여 사이버 공간에서의 명예훼손은 해당 표현물이 영구 삭제되지 않는 이상 언제든지 다시 명예훼손의 피해에 노출될 수 있다. 또한 사이버 공간이라는 특성상 인터넷에 접속할 수 있는 장소라면 누구든지 표현물을 접할 수 있고 따라서 한국에서 작성된 글도 비행기로 도착하는데 24시간 이상이 걸리는 남아메리카의 국가들에서도 손쉽게 검색할 수 있다. 뿐만 아니라 그 전파 속도 또한 매우 빠르다. 컴퓨터, 노트북 등이 거의 모든 사무실, 가정 등에 보급되어 있을 뿐만 아니라 스마트폰의 대중화로 인하여 누구든지 손쉽게 인터넷에 접속할 수 있고, 디지털 기술의 발달로 1인이 특정 인터넷 게시판에 딱 한번 게시하였음에도 불구하고 ‘복사’ 등 편집을 통하여 손쉽게 여러 인터넷 사이트에 퍼져나갈 수 있게 되었기 때문이다. 따라서 사이버 공간에서의 명예훼손은 이와 같은 시공간을 초월하는 전파성 때문에 그 피해의 정도가 더 심각할 수 있다.

넷째, 정보수집의 용이성으로 인하여 명예훼손을 손쉽게 할 수 있는 범죄 환경을 제공한다. 디지털 매체의 뛰어난 정보처리 능력 덕분에 사람들은 사이버 공간에서 손쉽게 많은 정보를 얻을 수 있다. 종이사전의 존재가 무색할 만큼 인터넷 검색 사이트에 찾고자 하는 단어만 입력하면 그에 관련된 무수히 많은 정보들을 순식간에 확인할 수 있다. 그런데 이러한 사이버 공간의 장점이 사람의 소위 ‘신상털기’ 로 악용되고 있다는 점에 문제가 있다. 정보화시대의 발달과 함께 많은 사람들이 자신의 개인 블로그나 미니홈피를 만들거나 트위터 등 SNS를 이용하여 과거의 일기장과 같이 자신의

20) 헌법재판소 2002.6.27. 선고 99헌마480 전원재판부결정.

일상생활에 대한 글을 올리거나 사진, 동영상 등을 게시하고 있다. 따라서 불특정 다수인들이 특정 개인에 대한 구체적인 신상정보를 손쉽게 구할 수 있고 이러한 ‘신상털기’가 명예훼손까지 이르며 사회적인 문제를 야기하고 있다.

다섯째, 이용자들의 범죄의식에 대한 회박성이다. 전술한 바와 같이 사이버 명예훼손죄는 시간이 흐를수록 증가하고 있음에 반하여 아래 표21)에서 보는 바와 같이 기소율은 높지 않고 설령 기소하더라도 처벌의 수위가 약하다.

<표2> 정통망법위반(명예훼손)죄 처리현황

(2016년 기준, 단위:%)

기소(11.2)		불기소(76.6)					소년 보호 송치	가정보호 송치 타관이송
구공판 1.9	구약식 9.3	혐의 없음 23.5	기소 유예 5.9	공소권 없음 16.6	각하 17.8	기소 중지 12.8	0.6	11.6

위 표에서 볼 수 있는 바와 같이 기소율은 11.2%에 불과하고, 기소하더라도 그 중 구공판율은 1.9%에 그치는 것을 알 수 있다. 필자가 검사로 근무하면서 피의자 등 관련자들을 조사하는 과정에서 자신들이 명예훼손성 글을 게시하더라도 전과가 없으면 기소유예 처분을 받을 수 있고 처벌되더라도 벌금 정도를 내면 된다고 생각하는 일반인들이 많음을 체감할 수 있었다.

21) 범죄백서, 앞의 책(주2), 312면 참조.

또한 특히 댓글을 작성하는 과정에서는 사람들과 접촉하지 않은 채 자신만의 공간에서 익명성이 보장되는 상황에서 즉흥적으로 작성하는 경우가 많아 자신이 작성한 글의 내용에 따라 범죄가 될 수도 있다는 것을 인식하지 못하는 사람들이 적지 않다.

2. 법적 규제의 정도

이러한 사이버 명예훼손의 특성으로 인하여 일반 명예훼손 행위와 비교하였을 때 법적 규제를 더 완화해야 한다는 견해가 존재한다.

우선 ‘매체특성론’적 접근방법에서 정보의 흐름과 통제에 있어서 그 특성이 서로 다른 매체에 대하여는 표현의 자유를 규제하는 법적 원리가 달라야 한다는 입장이다. 즉 사이버 공간은 쌍방향 미디어로서 기존 매스미디어나 오프라인과 다른 특성을 지니므로 적용되는 명예훼손 법리를 완화해야 한다는 것이다. 사이버 공간의 쌍방향성, 탈중앙통제적이고 개방적인 성격, 경제적 약자들의 접근가능성의 용이함 등으로 인하여 자신의 명예를 훼손하는 표현에 대한 반박이 상당히 용이하므로 형사제재를 할 필요성이 적으며 형사제재를 할 경우 표현의 자유 위축이라는 부정적 기능이 더 크게 나타날 수 있다고 주장한다.²²⁾ 우리 헌법재판소도 인터넷에 대하여 ‘가장 참여적인 시장, 표현촉진적인 매체’라고 표현하기도 하였다.²³⁾ 이 입장에 따르면 명예훼손성 표현이 있는 경우 기존의 사법적 제재가 아니라 게시물 삭제를 하고 일정 기간 동안 게시자에게 사이트 접속을 금지하는 등의 대체적 방안으로 해결할 수 있다고 설명한다.²⁴⁾

22) 강동범, “사이버 명예훼손 행위에 대한 형법적 대책”, 형사정책 제19권 제1호, 2007. 641면; 이정원, “사이버 공간에서의 명예훼손에 대한 형법적 규제”, 법학논문집 제32집 제1호, 중앙대학교 법학연구원, 2008. 35면.

23) 헌법재판소 2004. 1. 29. 선고 2001헌마894 결정.

24) 마용주, “사이버스페이스와 표현의 자유-미국의 새로운 경향 및 이론들의 소개를 중심으로

또한 사이버 범죄의 익명성, 용이성을 근거로 법적 규제의 완화를 주장한다. 인터넷 게시판에 게시된 글을 읽는 사람들은 게시의 용이성과 사이버 공간의 익명성, 개방성으로 인하여 게시글의 신빙성을 낮게 보기 때문에 전혀 근거 없는 허황된 내용의 글을 게시한 경우는 피해자의 명예가 ‘훼손’ 되었다고 보기 어렵다고 설명한다. 즉 인터넷을 사용하는 사람들은 인터넷 게시판과 채팅방의 글들이 “격식을 갖추지 않고 감정적이며 부정확한 정보들의 보고”라는 점을 충분히 잘 알기 때문에 그다지 신뢰를 부여하지 않고 그 내용을 심각하게 받아들이지 않는다는 점에서 비록 게시된 글이 명예훼손적 내용을 포함하고 있더라도 일반 명예훼손과는 다르게 평가해야 한다고 주장한다.²⁵⁾ 특히 어떤 대상에 대하여 안티임을 적극적으로 표방하는 홈페이지인 안티 사이트의 경우, 그 곳에 게재된 기사를 읽는 네티즌은 게시글이 대상에 대한 비판적인 입장에서 작성된 것임을 알고 읽는 것이므로 게시글의 표현에 다소 과격한 면이 있다 하더라도 이를 그대로 받아들이지는 않을 것이기 때문에 안티사이트에 게재된 글은 일반 글보다 폭넓은 비평을 허용하여 명예훼손죄 인정에 있어서 신중해야 한다고 주장한다.²⁶⁾

그러나 일단 위 논리들은 개인의 사생활에 관한 진실을 사이버 공간에서 공개하여 명예훼손하는 경우에는 적용할 수 없다. 진실이기 때문에 신빙성이 낮은 것도 아니고 피해자가 반박할 수 있는 사안도 아니다. 그러나 개인의 사생활에 관한 진실을 공개적으로 전파하는 것은 중대한 명예훼손으로 법적 규제를 완화하여서는 안된다.

또한 사이버 명예훼손의 특성에서 살펴본 바와 같이 사이버 공간의 시공

로”, 재판자료 103집, 법원도서관, 2003, 340-343면.

25) 마용주, 위의 논문, 340-343면: Jennifer O'Brien, Putting a Facetia(Screen) Name: The First Amendment Implications of Compelling ISPs to Reveal the Identities of Anonymous Internet Speakers in Online Defamation Cases, 70 Fordham Law Review 2745, May 2002, 2774-2775면.

26) 서울지법 2001. 9. 19. 선고 2000가합86668 판결도 같은 취지임.

간을 초월한 전파성은 엄청난 명예훼손의 피해를 야기한다. 현실 공간에서의 명예훼손은 그러한 발언이나 글을 접한 일부의 집단에게만 명예훼손성 사실이 알려지지만, 인터넷 공간에서는 한 나라의 국민, 나아가 전세계 사람들에게까지 전파될 수 있다. 또한 사이버 공간에서는 전파속도가 광속과 같다고 해도 과장이 아닐 정도로 카카오톡, 페이스북 등의 각종 SNS에 의하여 삼시간에 명예훼손성 표현물이 유포된다. 또한 시간의 초월성으로 인하여 명예훼손적 표현물이 인터넷에서 영구 삭제되지 않는 한 지속적으로 보존되고 수십 년이 지난 후에도 쉽게 검색되어 명예훼손이 재발될 수 있다.

그리고 명예훼손죄는 추상적 위험범으로서 피해자의 명예를 훼손할만한 사실을 적시하면 기수에 이르는 것이고 불특정 또는 다수인들이 위 사실을 인식하여 명예 훼손의 결과가 발생할 필요가 없다는 것이 다수의 견해이다.²⁷⁾ 따라서 네티즌들이 인터넷에 게시된 명예훼손성 표현물을 읽고 신뢰하지 않아 결국 명예훼손의 결과를 야기하지 않았다고 하더라도 명예훼손죄는 성립할 수 있다. 물론 명예훼손죄는 사람의 사회적 평가를 저하할만한 사실을 적시하여야 하고 이를 판단함에 있어서 표현물이 독자에게 주는 인상도 판단기준이 된다.²⁸⁾ 그러나 사이버 명예훼손은 공간을 초월하는 전파성을 지니고 그 전파의 범위는 연령, 사회경력, 지적 능력 등을 불문하므로, 표현물을 접하는 무수히 많은 사람들 중에는 아무리 터무니 없어 보이는 내용이라 하더라도 이를 진실로 받아들일 사람들이 분명히 상당수 존재할

27) 김일수·서보학, 형법각론, 박영사, 2015, 155면; 박상기, 형법각론, 박영사, 2011, 175면; 신동운, 형법각론, 법문사, 2017, 695면; 오영근, 형법각론, 박영사, 2014, 159면; 이재상·장영민·강동범, 형법각론, 박영사, 2017, 192면.

28) 대법원 판례는 적시내용이 명예를 훼손하는 내용인지 판단함에 있어서 “글의 객관적인 내용 뿐만 아니라 일반 독자가 글을 접하는 통상의 방법을 전제로 글의 전체적인 흐름, 사용된 어휘의 통상적인 의미, 문구의 연결방법 등을 종합적으로 고려하여 그 내용이 독자에게 주는 전체적인 인상을 판단기준으로 삼아야 한다”고 실시하고 있음(대법원 1997. 10. 28. 선고 96다38032 판결 등).

것이다.

한편 사이버 공간의 쌍방향성으로 인하여 피해자가 즉각적으로 반박할 수 있다고 하더라도 이러한 점이 명예훼손죄의 성부 자체에 영향을 미치는 것은 아니라고 생각된다. 물론 피해자의 즉각적인 신뢰도 높은 반박으로 네티즌들이 피해자의 반박을 신뢰하여 결과적으로 평판이 나빠지지 않는 경우가 있더라도 이를 모든 사이버 명예훼손에 일반화할 수는 없고 피해자가 진실을 밝히기에 적극적인 노력을 하였는데 오히려 이로 인하여 가해자의 명예훼손이 성립하지 않는다는 것은 어불성설이다. 또한 때로는 피해자가 반박을 하기 위한 증거를 수집하기 위하여 상당한 시간이 걸릴 수도 있는데 그러한 시간이 경과하는 과정에서 이미 피해자의 명예를 훼손될 수 밖에 없으며, 특히 피해자의 사생활과 관련된 명예훼손성 표현이라고 한다면 오히려 공개토론의 과정에서 더욱더 명예훼손이 확대될 수도 있다. 뿐만 아니라 명예훼손성 표현물의 전파속도와 범위를 피해자의 반박이 쫓아갈 수 없어 명예훼손적 사실을 접한 사람이 그에 대한 피해자의 반박문을 접할 수 없는 경우도 있다.

인간의 존엄과 가치를 존중하는 자유민주주의 사회에서는 원칙적으로 어느 누구도 타인의 정당한 권리나 이익을 침해하여서는 안되고 명예훼손죄는 표현의 자유의 최소한의 한계라는 헌법정신은 사이버 공간에서도 유효하다.²⁹⁾

결국 사이버 명예훼손이라 하여 일반 명예훼손과 비교하여 법적 규제를 완화하는 것은 타당하지 않고 똑같은 잣대로서 명예훼손죄 여부를 평가해야 할 것이다.

29) 강동범, 앞의 논문(주 22), 42면.

제3장 명예훼손죄의 연혁과 비교법적 고찰

제1절 명예훼손죄의 연혁

1. 명예훼손죄의 연혁

명예훼손 행위를 처벌한 연혁은 고대 로마법과 게르만법으로 거슬러 올라간다.

로마법의 12표법에서 명예훼손죄(injuria)는 인격침해죄의 일종으로 인정되었고, 고유한 의미의 명예침해(infamatio) 이외에 상해, 주거침해, 사생활침해와 같은 객관화된 개인의 인격권 침해를 포함하는 종합적인 개념이었다. 또한 허위사실을 악의로 유포하여 타인의 명예를 훼손하는 것만이 인격침해로 인정되었고 객관적 사실을 진술하여 타인의 명예가 실추되어도 인격침해죄는 성립하지 않았다. 그리고 명예침해 여부를 판단함에 있어 객관적 관점에서 법적, 도덕적 생활에서의 인격침해를 중시하였다. 그런데 이후 상해, 주거침해, 사생활침해가 각각 독립된 범죄로 구별됨에 따라 명예훼손죄는 명예침해죄만을 의미하게 되었다.

한편 게르만법에서는 명예감정을 침해하여 피해자에게 모욕을 주는 주관적 측면을 중시하여 명예훼손 행위를 처벌하였다.

로마법의 객관적 관점과 게르만법의 주관적 관점은 18세기 독일의 입법으로 서로 접근하게 되었는데 1794년 프로이센일반란트법은 명예에 관한 죄로서 명예훼손죄와 모욕죄를 규정하였다. 명예의 침해라고 할 언동으로 사람의 마음을 상하게 하거나 모욕하는 것을 injuria라고 정의한 후 그 종류, 형벌, 고의 추정 등 상세한 규정을 두었다. 이후 이는 1851년 프로이센 형

법, 1871년 독일제국 형법을 거쳐 현행 독일 형법에 이르기까지 동일하게 규정되고 있다.³⁰⁾

2. 우리 형법상 명예훼손죄의 연혁

한편 우리나라는 전통적으로 현재 형법이 규정하고 있는 것과 같은 성격의 명예훼손죄는 없었던 것으로 확인된다. 그러나 고려시대에 부모나 조부모 등에게 욕설을 하면 처벌하였고 조선시대에 의용되었던 대명률(大明律)의 형률(刑律)에는 욕하고 꾸짖는 것이라는 의미의 ‘매리(罵詈)’를 처벌하였는데 이들은 명예훼손죄의 성격을 띠는다고 할 것이다. 대명률 형률에 규정된 내용에 의하면 타인을 매리하면 태(苔) 10대에 처하고, 부하가 상관을 매리하거나 민간인이 목사, 현령 등을 매리하면 형벌이 가중되었으며, 특히 노비가 가장을 매리하거나 자녀가 조부모, 부모를 매리하면 사형에 처하도록 하였다. 반면에 상관이 부하를 매리하는 경우는 형을 감경하였다. ‘충효’ 및 위계질서를 중시하는 유교사상이 명예훼손죄 기저에 깔려 있었던 것으로 판단되고, 어떻게 보면 당시 명예훼손죄 처벌이 정부와 관리에 대한 비판적 여론을 탄압하고 억제하기 위한 도구로 사용되었다고도 볼 수 있다. 1905년 제정되어 시행된 대한제국의 형법대전에서도 제14장 잡범률(雜犯律) 제1절 제625조 이하에서 매리죄를 처벌하였다.³¹⁾

한편 일제시대에는 1908년 제정되어 시행된 현행 일본형법이 우리나라에도 적용되어 처벌되었다. 따라서 일본형법 제230조(명예훼손죄), 제231조(모욕죄)에 의하여 공연히 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손한 자는 그 사실의 유무를 불문하고 명예훼손죄로 처벌되었고 사실을 적시하지 않더라도

30) 이재상·장영민·강동범, 형법각론(주 27), 181-182면 참조.

31) 주석형법/형법각칙(4), 한국사법행정학회, 2006, 373-374면 참조.

공연히 사람을 모욕한 자는 모욕죄로 처벌되었는데 모두 친고죄였다.

한편 우리나라 형법은 1953년 9월 18일 제정되어 구성요건의 내용에 있어 변화 없이 현재에 이르고 있는데, 우리 형법은 제정당시 상당 부분 일본 개정형법가안(改正刑法假案)을 토대로 만들어졌다.³²⁾

일본 개정형법가안은 1940년 3월에 발표된 것이었다. 일본 형법은 최초 프랑스 형법전을 토대로 제정되어 1882년부터 시행되었으나 전근대적인 요소가 많고 일본사회와 이질적이라는 비판이 증대하였다. 따라서 결국 1908년 독일형법의 영향을 강하게 받은 전면 개정된 형법이 제정, 시행되었고 이것이 현재까지 거의 그대로 유지되고 있다. 그런데, 일본정부는 1차·2차의 두 번에 걸친 세계대전을 치르면서 경제적으로는 호황을 누리는 반면 민주주의 및 사회주의가 대두하여 노동운동, 농민운동 등 사회적으로 불안하게 되자 사회질서 유지를 위하여 형법을 전면개정할 필요성을 느끼고 형법개정작업을 시작하게 되었다. 그리하여 1927년에 개정작업에 착수하여 1940년 3월에 개정형법가안을 완성하였는데 이후 일본이 본격적인 전시체제에 돌입하면서 법률안에 대한 심의가 중단되어 결국 법률로 제정되지는 못하였다.³³⁾

일본 개정형법가안에 따르면, 제406조 이하에서 명예훼손죄를 처벌하면서, 종전 형법과 달리 사실을 적시한 경우와 허위사실을 적시한 경우를 구분하여 후자의 경우에는 형벌을 가중해야 한다고 규정하였다. 또한 사실적시 명예훼손죄가 공공의 이해에 관한 사실이고 그 목적이 오로지 공익을 도모하기 위한 것이라고 인정되는 경우에는 사실의 진위를 판단하여 진실인 경우에는 벌하지 않는다는 내용의 규정을 신설하였다. 그리고 명예에 대한 죄중 가벼운 죄인 사자의 명예훼손죄 및 모욕죄는 친고죄로 하고 무거운 죄

32) 오영근, “일본 제정형법가안에 관한 일고찰”, 형사정책연구 통권 37호, 한국형사정책연구원, 1999, 107면.

33) 오영근, 위의 논문, 109-117면.

인 명예훼손죄, 출판물 등에 의한 명예훼손죄는 반의사불벌죄로 하는 규정을 신설하였다.³⁴⁾

따라서 1908년 제정된 일본형법이 아니라 1940년 발표된 일본 개정형법가안을 토대로 만들어진 우리나라 형법의 명예훼손죄의 경우, 일본형법과 달리 적시한 사실이 진실인지 허위인지 여부에 따라 형량에 차이를 두어 후자의 경우를 무겁게 처벌하고 있는 것이다. 또한 우리 형법은 일본 개정형법가안에 따라 형법 제310조를 규정하여 공익성 및 진실성을 요건으로 명예훼손죄의 위법성조각사유를 규정하였고, 사자의 명예훼손죄 및 모욕죄는 친고죄로, 명예훼손죄 및 출판물 등에 의한 명예훼손죄는 반의사불벌죄로 규정하였다. 한편 일본형법도 1947년 개정에 의하여 일본 개정형법가안처럼 공익성 및 진실성을 요건으로 명예훼손죄의 위법성조각사유 규정을 추가하였다.

3. 소결

요컨대 최초 명예훼손죄는 허위사실을 악의로 유포하거나 욕설을 하는 방법으로 사람의 인격을 침해하는 행위에 대하여 처벌하는 것으로 시작되었음을 알 수 있다. 즉 개개인의 인격 즉 사적 영역을 보호하고자 하는 측면이 강하였던 것으로 생각된다.

그런데 한편 우리나라의 명예훼손죄의 최초 형태라고 할 수 있는 조선시대 대명률에 규정된 매리죄는 유교 중심사회였던 당시의 사회적 위계질서를 유지하고 백성들의 왕조 및 관료들에 대한 비판을 차단하고 무조건적으로 복종하도록 하고자 하는 사상이 기저에 깔려 있음을 알 수 있다. 즉 최초 명예훼손죄는 인간 개인의 인격을 보호하고자 탄생하였으나, 시간이 흐

34) 오영근, 앞의 논문(주 32), 120-121면.

름에 따라 정부 내지 왕조에 대한 비판을 봉쇄하기 위한 수단으로 변질되었고 우리나라도 중국을 통하여 그러한 형태의 명예훼손죄를 받아들인 것으로 판단된다.

이러한 명예훼손죄의 연혁을 고려할 때 명예훼손죄의 인정범위는 개개인의 인격을 침해할 수 있는 사적 영역에 대한 사실 공표행위만으로 제한하는 것이 타당하고, 정부 또는 정치인 등 공인의 업무수행과 관련된 사실을 공표하고 널리 공유하는 행위에 대하여는 명예훼손죄로 의율하지 않는 것이 애초 명예훼손죄를 처벌하고자 한 본래의 취지와도 부합된다고 하겠다.

제2절 사이버 명예훼손죄에 관한 외국 법제 및 판례

1. 미국

미국은 사이버 명예훼손죄에 대하여 별도로 의율하는 법률이 없고 일반 명예훼손죄 법리에 의하여 처벌 여부를 결정한다.

영미법에서 명예훼손은 libel과 slander로 나뉘는데, 전자는 인쇄물이나 필사본 등 문서를 이용하여 사람의 명예를 훼손할 수 있는 내용을 적시하는 것이고 후자는 구두나 몸짓 또는 문서라고 할 수 없는 방법에 의하여 사람의 명예를 훼손하는 것을 의미한다. 영미법에서의 명예훼손은 정당한 이유 없이 타인의 명성을 저하시키는 ‘허위’의 ‘사실’을 공표하는 행위를 의미한다.³⁵⁾

영미의 형사상 명예훼손법의 기원은 영국의 성실청 법원(Star Chamber) 시대로 거슬러 올라간다. 당시 명예훼손적 발언으로 사회 평화를 깨뜨리는 사람에 대하여는 처벌해야 한다는 논리에 근거하여 적시내용의 진실성 여

35) 김주영, “미국의 명예보호 관련 법제”, 한국법제연구원, 30면.

부를 불문하고 명예훼손죄로 처벌하였다. 그리고 진실이 크면 클수록 명예훼손의 정도가 크다(the greater the truth, the greater the libel)고 생각하였다. 그리고 이후 성실청 법원이 폐지되고 보통법원 시대가 열리면서 형사상 명예훼손죄는 정치적 억압 도구로 악용되었고 이에 대한 비판적, 저항적 목소리가 거세져 결국 1735년 미국에서 Zenger라는 뉴욕에서 활동하던 위클리저널의 발행인이 뉴욕총독의 비행을 폭로하는 저널을 발행하여 명예훼손죄로 기소된 사건에서 진실의 항변을 명예훼손죄 면책사유로 최초로 인정하였다. Zenger는 명예훼손적 표현이 진실이고, 악의적인 비방의 의도로 작성한 것이 아니라면 무죄가 되어야 한다는 주장을 하였고 그것이 인정된 것이다. 그리고 이후 영국에서도 1842년 Lord Campbell's Act에 의하여 진실성이 명예훼손죄의 면책사유로 규정되었다. 미국에서는 위 Zenger 사건 이후 각 주에서 진실의 항변이 면책사유로 규정되는 등 허위 사실을 적시하여야 명예훼손죄로 처벌하고 있다.³⁶⁾

미국의 경우 명예훼손을 민사적, 형사적으로 규율하는 연방법률은 존재하지 않고, 개별 주에서 명예훼손에 관한 성문법률을 마련하고 있는데 대부분이 민사상 불법행위로 규율한다.

형사처벌의 경우, 개별 주법에서 형사처벌 규정이 있었지만 후술할 1964년 Garrison 판결³⁷⁾에서 공적인 사안에 관하여 진실을 적시하는 것도 예외 없이 명예훼손죄로 처벌하는 루이지애나 법규정이 위헌이라고 판단한 것을 비롯하여 이후 많은 주법의 형사처벌 규정들이 위헌으로 판결되어 전부나 일부가 폐지되거나 개정되어 왔다.³⁸⁾

또한, 1962년 미국 법학회(American Law Institute)는 형법전범(Model Penal

36) J. Philip Bahn, "Constitutionality of the Law of Criminal Libel", 52 Columbia Law Review. 521, 522-524, 1952.

37) Garrison v. Louisiana, 379 U.S. 64(1964).

38) 손태규, "형법상 명예훼손죄의 폐지", 공법연구 제41집 제2호, 한국공법학회, 2012, 391면.

Code) 초안에서 개인에 대한 명예훼손은 강간, 살인, 절도 등과 같이 사회 안전을 위협하는 것이 아니므로 형법으로 규율하기에는 적절하지 않다고 적시하였다.³⁹⁾

현재는 몬타나주 등 일부 소수의 주만이 명예훼손죄를 형사처벌하는 명시적 규정을 두고 있는데⁴⁰⁾, 이들 주법의 경우도 처벌을 면하는 정당화사유를 넓게 인정하고 있다. 예를 들어 몬타나주⁴¹⁾의 경우 한 사람에 관하여 모욕을 주거나 사회적 명예를 손상시키는 행위를 형사상 처벌하되, 그 정당화사유를 명시하여 처벌을 면할 수 있도록 규정하고 있다. 정당화 사유는 명예훼손적 사안이 진실일 경우, 의사소통이 공적 관심사안에 관계되는 사람에 대하여 선의로 이루어진 공정한 논평(fair comment on public affairs)으로 구성된 경우, 의사소통이 사법적, 입법적 기타 공공 혹은 공적 절차에 관한 공정하고 진실한 보도로 구성된 경우 등을 규정하고 있다.

미국도 우리나라와 마찬가지로 사실을 적시한 경우만을 명예훼손죄로 처벌하며 단순한 의견개진은 명예훼손죄의 대상이 되지 않는다. 특히 현실적 악의의 원칙과 관련하여 후술할 *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 판결에서 법원은 사실과 의견을 구별하는 명확한 태도를 보였는데, “수정 제1조 하에서는 도대체 ‘허위의 의견’ 이라는 것은 있을 수 없다. 어떤 의견이 아무리 유해한 것으로 보여도 판사와 배심이 마음대로 정정할 수 있는 것이 아니라 다른 의견들과의 경쟁을 통하여 정정되어야 한다.” 라고 판시하였다.⁴²⁾

그러나 이후 *Milkovich v. Lorain journal* 사건⁴³⁾에서 의견표명이라도 입증

39) Model Penal Code, Tent. Draft No. 13, 1961, §250. 7. Comments, 44면.(구체적 내용을 적시하면 “형사적 처벌은 피해자가 명예훼손 행위로 인해 민사소송을 제기할 권한을 취득한다는 사실만으로 정당화될 수는 없다. 형법은 특별히 사회의 안전에 대해 해악을 끼치는 경우를 위해 유보되어야 한다. 개인적 비방은 미합중국에서 그러한 범위에 해당하지 않음은 확실하다고 할 것이며, 따라서 형사처벌은 부적절하다.”임).

40) 이해미, “형법상 명예훼손죄의 개정논의와 쟁점”, 국회입법조사처 ‘이슈와 논점’ 제401호.

41) Montana Code Title 45-8-212 CRIMINAL DEFAMATION.

42) *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 418 U.S. 323, 339(1974).

43) *Milkovich v. Lorain journal*, 497 U.S. 1(1990).

이 가능한 객관적 사실을 암시하는 의견의 경우는 명예훼손죄의 대상이 된다고 판시하여 형식적으로 의견을 표명한 경우에도 명예훼손죄로 처벌될 수 있는 가능성이 열렸다. Milkovich는 고등학교 레슬링 코치였는데 다른 고등학교와의 시합 중 심판의 판정을 둘러싸고 쌍방 폭행사건이 발생하여 학생이 다치게 되었다. 그러자 관할 주의 고교운동연맹은 Milkovich에 대하여 견책처분을, 담당 고등학교에 대하여는 출전금지처분을 내렸고 이에 학부모와 선수들이 고교운동연맹을 상대로 주법원에 제소하였고 법원은 Milkovich의 증언을 듣고 연맹의 결정을 취소하였다. 그러자 다투었던 다른 고등학교가 소재한 카운티의 신문에서 “이 사건의 교훈은 궁지에 몰리면 거짓말을 해서 벗어나라는 것이다. 시합을 지켜본 사람이면 누구나 밀코비치가 진실을 말하겠다고 선서하고 위증을 한 것을 분명히 이해할 수 있다. 어린 학생들이 코치로부터 이런 점을 배워서 안된다고 생각한다”는 내용의 기사를 게재하였고 이에 대하여 Milkovich가 기사를 상대로 명예훼손으로 제소하였다. 그러자 연방대법원은, 의견이라는 이름만 붙이면 모든 것이 면책되는 것이 아니고, 객관적인 증거를 바탕으로 허위 또는 진실로 증명될 수 있는가를 기준으로 어떤 표현이 사실인가 혹은 의견인가로 구분해야 하고 사안의 경우 밀코비치가 위증을 하였다는 내용의 의견은 그 진위가 충분히 증명될 수 있는 의견이므로 명예훼손죄의 면책대상이 아니라고 판시하였다.

이와 같이 의견표명의 경우도 명예훼손죄로 처벌될 가능성이 있기 때문에 공적인 관심사안에 대하여 의견표명을 하는 경우 공정한 논평(fair comment on public affairs)의 면책은 중요한 기능을 한다.

공적 관심사안과 관련된 사람에 대한 공정한 논평(fair comment on public affairs)은 논평의 내용이 비록 진실이 아니라고 하더라도 공적 관심사나 공적인 이해관계와 관련된 것이라는 점에서 그 목적의 정당성에 의하여 면책

이 된다. 공적 관심사와 관련된 내용은 대부분이 진위 여부가 갑론을박이 되고 있는 것이 많아서 진실 여부를 입증하기가 어려운 경우가 대부분이라는 것이다. 공정한 논평의 면책은, 수정 헌법 제1조의 표현의 자유의 핵심 기능이 공적 관심사에 대하여 민주적 결정을 할 수 있는 기회를 보장해주는 것이기 때문에 공적 관심사에 대한 선의의 논평은 비록 그 내용이 결과적으로 진실이 아니더라도 표현의 자유를 넓게 보호해주어야 한다는 이념을 전제로 한다.⁴⁴⁾ 초기 공정한 논평의 면책은 그 범위가 매우 좁아서 진실이라고 인정되는 의견만이 보호되었으나 점차 확대되어 결과적으로 진실이 아닌 경우에도 보호범위가 확대되었다. 또한 공무원에 관하여 발언하는 것만을 보호하였으나 점차 확대되어 공직과 무관하나 공적 논쟁에 뛰어든 사람, 운동선수 등 유명인에 관하여 발언하는 것도 보호하는 것으로 확대되었다.⁴⁵⁾

즉 미국에서는 표현내용이 객관적 진실에 부합하거나, 진실에 부합하지 않더라도 공적 관심사안에 대한 선의의 논평의 경우에는 형사상 명예훼손죄에 해당되지 않는 것이다.

이와 같이 미국은 표현의 자유와 명예보호가 상호 충돌하는 경우 기본적으로 표현의 자유가 인격권에 우선한다는 ‘표현의 자유의 우위 원칙’에 입각해 있다. 이는 소위 ‘사상의 자유시장 이론’에 사상적 바탕을 두고 있다. 이는 어떠한 견해나 사상이 옳고 그른지, 가치 있고 가치 없는지를 평가하고 결정하는 것은 국가권력이나 법원 등 국가기관이 하는 것이 아니라 개방되어 있는 사상의 자유시장이며 비록 유해한 사상이나 표현이라도 그 해악의 교정은 국가의 개입에 의한 것이 아니라 다양한 의견의 경합을

44) J. Philip Bahn, "Constitutionality of the Law of Criminal Libel", 52 Columbia Law Review 521, 1952, 531-532면.

45) 전원열, "명예훼손 불법행위에 있어서 위법성 요건의 재구성", 박사학위논문, 서울대학교 대학원, 2001, 206면.

통하여 이루어져야 한다는 것이다. 그러므로 개인의 법익이 표현의 자유에 의하여 침해되는 경우에도 개인 스스로가 표현의 자유의 잠재적 수익자이고 국가에 의하여 표현의 자유가 규제되는 사회에서는 개인의 명예 등 법익이 침해되는 것보다 더욱 나쁜 상황에 처할 수 있다는 점에서 개개인은 타인의 표현의 자유행사를 수인해야 한다는 것이다.⁴⁶⁾

한편 명예훼손과 관련하여 진실한 사실을 적시하는 경우 민형사상 책임을 면하지만, 프라이버시권 법리가 잘 발달되어 있어 개인적인 영역에 대하여 진실한 사실을 사회일반에 공개하여 그 개인에게 피해를 주는 경우 프라이버시권 침해로 인한 법적 보호를 받을 수는 있다.

2. 독일

독일도 미국과 마찬가지로 사이버 명예훼손죄를 의율하는 별도의 처벌 법률은 없고, 일반 명예훼손죄의 법리에 따라 형법을 적용하고 있다.

독일형법은 명예훼손 행위에 대하여 형법 제186조 이하에서 처벌하고 있다.⁴⁷⁾ 먼저 제186조에서 “타인에 대한 관계에서 타인을 비방하거나 세평을 저하시키기에 충분한 사실을 주장하거나 또는 유포한 자는 이러한 사실이 진실임을 증명할 수 없을 때” 처벌하고, 이러한 행위가 공연히 또는 문서반포를 통해 이루어진 경우에는 가중처벌한다. 그리고 제187조에서 “타인에 대한 관계에서 타인을 비방하거나 또는 세평을 저하시키거나 또는 신용을

46) 한수웅, 앞의 논문(주 5), 30-31면.

47) 한편, 민사적으로는 인격권 침해로 인한 불법행위 책임이 인정된다. 독일 민법 제823조 제1항은 고의 또는 과실로 인하여 타인의 생명, 신체, 건강, 자유, 소유권 또는 기타의 권리를 위법하게 침해한 자는 그 타인에게 그로 인하여 발생한 손해를 배상할 의무를 진다 “고 규정하고 있는데 독일 연방헌법재판소 및 연방대법원은 인격권을 위 ‘기타의 권리’로 인정한다. 즉 명예, 사생활 등에 관한 권리를 보호하는 명문규정은 없으나 판례에 의하여 이러한 권리를 ‘일반적 인격권’으로 인정하고 보호한다.[김재형(b), “공인보도와 인격권”, 언론중재 제34권 제4호 통권 133호, 2014, 74면).

위해하기에 충분한 허위의 사실을 그 정을 알면서 주장하거나 유포하는 경우” 처벌하고, 이러한 행위가 공연히, 집회 중에 또는 문서반포를 통해 이루어진 경우에는 가중처벌한다.⁴⁸⁾ 그리고 제187조는 허위사실임을 알면서 명예를 훼손했다는 측면에서 제186조보다 중하게 처벌한다. 그리고 진실입증과 관련하여 제190조에서 “주장 또는 유포한 사실이 범죄행위인 경우 피해자가 그 행위로 인해 유죄의 확정판결을 받는 경우”에는 진실의 입증이 있는 것으로 본다고 규정되어 있다.

따라서 독일도 미국과 마찬가지로 적시한 내용이 명예훼손적 성격을 띠는 하더라도 진실이라면 명예훼손죄에 해당되지 않는 것으로 법제화되어 있다. 다만 제186조에 규정되어 있는 것처럼 독일에서 명예훼손죄는 명예훼손적 발언을 한 행위자가 발언내용이 “진실임을 증명할 수 없을 때” 처벌받도록 되어 있고, 따라서 적시된 사실이 진실임을 증명하는 것을 객관적 처벌조각 사유로 보는 것이 독일의 통설 및 판례⁴⁹⁾의 태도이다.⁵⁰⁾ 따라서 행위자가 자신이 적시한 사실이 진실이라고 믿었다고 변소하더라도 고의가 조각되지 않고, 주장만 할 뿐 진실임을 입증하지 못하면 제186조에 의하여 처벌된다 할 것이다. 다만 진실입증에 있어서 표현의 자유의 침해를 막기 위하여 입증의 정도를 완화한다. 즉 피고인은 적시한 사실이 진실이라고 판단한 근거를 제시할 설명책임을 부담하고 그러한 설명이 이행되었음에도 피해자가 아무런 이의를 제기하지 않으면 표현이 진실하다고 상정된다. 다만 이의가 있다면 피고인은 적시한 내용이 진실임을 입증할 증거를 제시하여

48) “명예훼손실무연구”, 서울중앙지방검찰청, 2015, 514-518면 참조.

49) BGHSt 11, 273 등.

50) Adolf Schönke/Horst Schröder외 7인, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. 2014. §186 Rdn.13 [이러한 독일의 입법은 명예를 언론자유보다 훨씬 중하게 여기는 입장으로서 개체문화, 열쇠문화의 전통을 지닌 서구의 법문화에 기한 것이고, 이와 달리 사이문화, 비열쇠문화인 우리의 전통 및 법문화에 비추어 본다면 표현의 자유를 명예보호보다 중히 여기고 우리 형법 제310조를 위법성조각사유가 아닌 구성요건해당성 조각사유로 보는 것이 우리 법의식에 맞지 않느냐는 주장이 존재한다.(김상호, “언론의 명예훼손”, 비교형사법연구, 1999, 142면)].

야 한다.⁵¹⁾

한편, 제188조에서 정치인에 대한 명예훼손죄를 따로 규정하여 “정치인에 대하여 집회에서 또는 문서의 유포를 통해 공적 생활에서 피해자의 지위와 연관시키려는 동기에 의하여 공연히 사실을 적시하여 피해자를 비방하고 그 행위가 피해자의 공적 활동을 현저히 저해하기에 충분한 경우” 처벌하고, 만일 적시한 내용이 허위인 경우에는 가중처벌한다. 제188조가 제정된 연혁에 대하여는 급진파들이 정적을 비방하는 것을 투쟁방법으로 내걸어 거리에서의 공격 등 사회혼란을 초래한 바이마르 공화국에서와 같은 상황을 막고자 정치인에 대한 명예보호를 강화하게 된 것이라는 설명이 있다.⁵²⁾

제188조에 의하여 보호를 받는 ‘정치인’은 어느 정도의 기간동안 국가의 입법 또는 행정 업무를 다루는 사람들을 말하는 것으로 국가의 일반적이고 기본적인 업무에 해당하는 기능을 수행하는 사람으로서 실제 정치부분에 대하여 중요한 영향력을 행사하는 사람일 것이 요구된다. 대통령, 연방정부 또는 주정부 구성원, 연방의회 의원 또는 주의회 의원, 정당간부, 연방헌법재판소 재판관 등이 여기에 해당한다.⁵³⁾

한편 제193조에서 “정당한 이익의 옹호”라는 제목하에 “학문적, 예술적 또는 영업적 업적에 대한 비판, 권리의 행사나 방어 또는 정당한 이익의 주장 등을 목적으로 하는 비판적인 의사표명, 상관의 부하에 대한 징계 및 견책, 공무원의 직무상 고발 및 비평 기타 이에 준하는 경우”에는 의사표명의 형식이나 의사표명이 행해진 상황에 비추어 모욕이 인정되는 경우에 한하여만 처벌할 수 있도록 규정하고 있다. 제193조에 대하여는 위법성조각사유로 보는 것이 독일의 통설이고, 이 조문은 제186조의 사실적시 명예훼손

51) BverfGE 99, 185.

52) 이희경, “정치인에 대한 명예훼손죄-비교법적 고찰을 중심으로-”, 형사정책 제21권 제1호, 2009, 143면.

53) Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch 5. Auflage 2017, §188 Rdn.2-6.

죄, 제188조의 정치인에 대한 명예훼손죄에 적용되고, 제187의 허위사실 적시 명예훼손죄에 대하여는 극히 예외적인 경우에만 적용된다.⁵⁴⁾

위 제193조에 의하여 위법성이 조각되기 위한 요건은, 첫째 행위자가 정당한 이익을 옹호해야 하고, 둘째 표현내용이 정당한 이익을 옹호하기 위한 적절한 수단이어야 하며, 셋째 행위자가 정당한 이익을 위하여 행위하였을 것을 요구하며 이러한 요건은 이익형량에 기초한다는 것이 통설이다. 즉 행위자가 옹호하려는 정당한 이익이 이로 인하여 침해되는 개인의 명예에 관한 이익보다 우월해야 하고 나아가 모든 정황을 고려할 때 그 행위가 적합한 수단일 것을 요구한다. 명예훼손 행위로 인한 침해의 정도는 적절해야 하나 가해자가 정당한 이익을 향유하기 위한 유일한 수단일 필요는 없고 다만 피해자에게 가장 적은 피해를 주는 수단을 사용해야 한다.⁵⁵⁾

따라서 명예훼손적 발언 내용이 허위로 판명되었다 하더라도 그 행위자가 요구되는 주의의무를 다하였음에도 불구하고 허위임을 인식할 수 없었던 점을 입증한다면 제193조에 의하여 명예훼손죄로 처벌되지 않을 수 있다.⁵⁶⁾ 이 경우 행위자는 표현내용의 진실성 여부에 관하여 의무합치적 심사와 조회의무를 다해야 하는 것으로 해석된다. 즉 행위자가 충분한 심사와 조회를 하지 않고 자신의 표현내용을 경솔하게 진실한 것으로 믿은 때에는 제193조에 의하여 위법성이 조각되지 않는다. 반대로 행위자가 의무합치적 심사와 조회의무를 다한 경우에는 설혹 진실이 아니더라도 위법성이 조각될 수 있다.⁵⁷⁾ 다시 말하면, 행위자가 의무합치적 심사와 조회의무를 다하여 표현내용이 진실하다고 판단하였고, 정당한 이익의 옹호를 위하여 사실을 적시

54) Tröndle/Fischer, StGB 49, Aufl.(1999) §193, Rn3.

55) BGHSt 18, 182.; Tröndle/Fischer, §193, Rn9-14.

56) 손원선, “독일법상의 언론·출판의 자유와 명예 내지 인격권 보호”, 민사법학 제17호, 1999, 한국민사법학회, 445면.

57) 서보학, “명예에 관한 죄 규정의 개정방안”, 형사법개정연구(IV: 형법각칙 개정안, 한국형사정책연구원, 2009, 233-234면.

하였다면 위법성이 조각되어 명예훼손죄로 처벌할 수 없는 것이다.

한편 독일 연방헌법재판소는 형법 제193조는 헌법상 인정된 표현의 자유의 특별한 각인이라고 해석한다.⁵⁸⁾ 독일기본법 제5조 제1항에서는 “모든 사람은 말, 글 그리고 그림에 의하여 자유로이 자신의 의견을 표현하고 전파하며 일반적으로 접근할 수 있는 출처로부터 정보를 취득할 권리를 가진다. 출판의 자유 및 방송과 필름에 의한 보도의 자유는 보장된다”고 규정하고 표현의 자유를 보호하고 있고 한편, 제2항에서 “이러한 권리는 일반 법률의 규정, 청소년보호를 위한 법률의 규정 및 개인적 명예의 불가침성에 대한 권리에 의하여 제한된다”고 규정하여 표현의 자유를 제한하고 있다.

한편 독일형법 제194조는 명예에 관한 죄를 친고죄로 정하고 있다.

3. 일본

일본도 위 국가들과 마찬가지로 사이버 명예훼손죄를 의율하는 별도의 처벌 법률은 없고, 일반 명예훼손죄의 법리에 따라 형법을 적용하고 있다.

일본은 1875년 공포된 잠방률(謙謗律)에서 신문 등 언론을 대상으로 명예훼손죄로 처벌하는 규정을 두었는데 이에 의하면 진실 유무를 불문하고 처벌하였다. 그리고 이 잠방률은 1880년 제정된 구 일본형법에 계수되었다. 이후 신문 기타 출판물에 대하여는 1887년 신문지법 및 출판법의 특별법을 따로 제정하여 진실의 증명에 의한 면책조항을 신설하였다. 이 면책조항에 의하면 첫째 명예에 대한 공격이 사생활에 미치지 않고, 둘째 오로지 공익을 위하여 행하고, 셋째 재판상 사실이 증명될 것을 요건으로 하였다.⁵⁹⁾ 그런데 일본 대심원은 사생활에 미치지 않아야 하는 요건과 관련하여, 사생활

58) BVerfGE 42, 152.

59) 손형섭 “프라이버시권·명예권·언론의 자유의 법적 관계”, 언론과 법 제7권 제1호, 2008, 330-331면.

의 범위를 넓게 해석하여 공무원 또는 공공단체, 공적시설의 직원 또는 위
원으로서의 행동 이외에는 모두 사생활과 관련한 행동으로 파악하여 면책
범위가 넓지는 않았다.⁶⁰⁾

이후 1940년 완성된 일본개정형법가안 제412조에서 “공공의 이해에 관한
사실에 관계있고, 그 목적이 오로지 공익을 위함에서 나온 것이라고 인정되
는 때에는 사실의 진부를 판단하여 진실일 때에는 이를 벌하지 아니한다”
라는 규정을 두었다.

한편 현재의 일본형법은 1908년 제정되어 지금까지 시행되고 있는 것으로
제230조에서 “공언히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 사실의
유무와 상관 없이” 형사처별한다고 규정하여 우리 형법과 같이 사실이 진
실인지 허위인지 여부에 불문하고 처벌하나 우리와 달리 형량에 있어서 차
이를 두고 있지는 않다. 즉 진실한 사실을 적시하는 경우도 명예훼손죄에
해당될 수 있다는 입장이라는 점에서 우리나라와 같고, 독일 및 미국과 다
르다.

그리고 일본은 1947년 형법을 개정하면서 위 일본개정형법가안 제412조를
받아들여 제230조의2를 신설하였다. 제230조의2는 “공공의 이해에 관한 경
우의 특례”라는 제목 하에 제1항에서 제230조의 행위가 “공공의 이해에
관한 사실에 관하여 그 목적이 오직 공익을 도모한다고 인정하는 경우”에
는 “진실입증이 있다면” 이를 벌하지 아니한다고 규정하였다. 또한 제2항
에서 제1항을 적용함에 있어서 아직 공소가 제기되지 않은 사람의 범죄행
위에 관한 사실은 공공의 이해에 관한 사실로 본다고 규정하고, 제3항에서
제230조의 행위가 공무원 또는 공선에 의한 공무원의 후보자에 관한 사실
에 관계되는 경우에는 진실입증이 있는 경우 이를 벌하지 아니한다고 규정
하고 있다.⁶¹⁾ 일본 학계에서는 제230조의2의 성격에 대하여는 처벌조각사유

60) 박요나, “사실적시 명예훼손죄에 대한 연구”, 석사학위논문, 서울대학교 대학원, 2011, 55면.

61) 명예훼손실무연구(주46), 521-522면 참조.

설, 위법성조각사유설, 구성요건해당성배제사유설이 대립되어 있으나 다수설은 위법성조각사유설로 해석하고 있다.⁶²⁾

형법 제230조의2의 적용과 관련하여, 일본은 1960년대 이전까지는 인격권 보호를 중시하는 입장에서 위법성조각의 범위가 좁게 인정되었지만, 1960년대에 들어서면서 미국 등의 영향으로 헌법적 관점에서 접근하여 표현의 자유의 보호정도를 강화하고 위법성조각의 범위를 넓게 인정하기 시작하였다.⁶³⁾

제230조의2 제1항에 의하여 위법성조각이 되기 위하여는 적시한 사실의 공공성, 행위 목적의 공익성, 진실의 증명이라는 요건이 충족되어야 한다.

우선 적시한 사실의 공공성의 의미에 대하여는 시민의 알권리 및 표현의 자유를 보장하기 위하여 이 규정이 신설되었음을 전제로, 시민이 민주적 가치를 행함에 있어 알 필요가 있는 사실, 시민의 알권리가 인정되는 사실을 의미하는 것으로 해석한다.

따라서 일본 하급심 판례 중에 연예인의 성생활 등 사생활과 관련된 사실은 공공의 이해에 관한 사실로 볼 수 없고 형법 제230조의 2 제1항이 적용될 수 없다고 판시한 것이 있다. 일본 잡지 발행인이 텔런트들의 문란한 성생활 등 사생활에 관하여 기사를 내보냈고 이에 대하여 명예훼손죄로 기소된 사안이었다. 피고인은 텔런트와 같은 연예인은 저명인이 되는 것을 스스로 원한 이상 자신의 사생활전체를 일반대중에게 제공하고 있다고 보아야 하고 따라서 프라이버시권을 포기하였다고 보아야 한다고 주장하였다. 뿐만 아니라 연예인은 다수의 청소년들에게 동경의 대상으로 그 언동이 사회에 미치는 영향이 크므로 공무원에게 비견할만큼 공적인 지위에 있다고 할 수

62) 大谷 實, 刑法講義 各論, 成文堂, 2013, 173면; 大塚 仁, 刑法概說 各論, 有斐閣, 2005, 144면.

63) 배상균, “허위사실적시 명예훼손에 있어서 진실성의 착오에 관한 검토-일본 학설 및 판례를 중심으로”, 외법논집 제40권 제2호, 2016, 94면.

있고 그들의 성생활과 관련된 내용을 알리는 것은 퇴폐한 성풍속을 바로잡고 대중에게 비판의 자료를 제공한다는 측면에서 공공의 이해에 관한 것이라고 주장하였다. 그러나 법원은 “연예인과 대중의 관계는 연예인에 대한 인기, 관심의 표현이라는 관계일 뿐으로 연예인의 지위를 사회봉사자로서의 책무를 지고 있는 공무원과 동일시하는 것은 부당하고, 특히 성생활과 같은 사적 영역은 어느 사적 영역보다 함부로 간섭되어서는 안되는 영역으로 제3자가 언급하거나 비판할 사항은 아니기 때문에 형법 제230조의 2 제1항의 공공의 이해에 관한 사실에 해당된다고 할 수 없다”고 판시하였다.⁶⁴⁾ 즉 연예인 등 유명인을 공무원과 같은 공적 인물로 볼 수 없고, 개인의 성생활 등 사적 영역은 공공의 이해에 관한 사실이 아니라고 판단한 것이다.

그러나 한편 개인적 프라이버시에 관한 사실도 ‘알 필요성’이 인정되면 공공성이 인정된다. 일본 최고재판소는 소위 ‘월간펜’ 사건에서 피해자의 사회적 지위, 영향력 등을 고려하여 사생활에 관한 것이라도 공공성이 인정될 수 있다고 판시하였다. 문제된 사건은 ‘월간펜’이라는 잡지사 발행인이 ‘4중, 5중의 대죄를 범한 창가학회(創價學會)’라는 제목으로 ‘위 종교단체의 교주의 여성관계가 매우 복잡하고 병적이어서 색정광적이라는 말이 유력한 소식통으로부터 계속 흘러나오고 있다’는 내용으로 종교단체인 창가학회(創價學會)의 회장의 여성편력과 관련된 사생활에 관하여 보도하여 명예훼손죄로 기소된 것이었다. 일본 최고재판소는 “한 사람의 사회적 지위 및 활동의 성격, 사회에 미치는 영향력의 정도에 따라 그에 대한 사회적 평가 또는 비판에 영향을 미칠 수 있는 것이라면 그 내용이 사생활과 관련된 것이라도 공공성이 인정된다”고 판시하였다. 그리고 최고재판소는 “해당 피해자는 적지 않은 국민들이 지지하는 종교단체의 협회장으로 교의를 몸소 실천해야하는 거의 절대적인 지도자이고 공사를 막론하고 그 언동이

64) 東京地方裁判所 1980. 1. 7. 국내외언론관계판례집 73-75면.

신도들의 정신생활에 중대한 영향을 미칠 입장에 있고, 종교적 지위를 배경으로 직·간접적인 정치활동을 통하여 사회 일반에 적지 않은 영향을 미치고 있으므로 문제된 적시내용이 단순히 사적영역으로 보기 어렵고 공공의 이해에 관한 사실에 해당한다”고 판시하였다.⁶⁵⁾ 즉 명예훼손의 피해자가 공인으로서의 위치와 영향력이 인정되는 경우 형법 제230조의2 제1항의 발언 내용의 공공성이 넓게 인정된다.

다음으로 행위 목적의 공공성과 관련하여서는, 일단 적시한 사실의 공공성이 인정된다면 공익적 목적이 추정된다. 이러한 공익적 목적은 우리 학설 및 판례의 입장과 같이 명예훼손적 발언을 한 사람의 부수적인 사익적 목적이 개입되어 있다고 하더라도 주목적이 공익적 목적이라고 한다면 행위 목적의 공공성을 인정하여 위법성을 조각한다는 것이 통설이다.⁶⁶⁾

마지막으로 적시한 내용이 진실하다는 것이 입증되어야 하는데 형법 제230조의2 규정을 거증책임전환 규정으로 파악한다. 즉 검사가 아닌 피고인이 적시한 내용이 진실임을 입증해야 한다. 증명의 정도에 대하여는 증거의 우월 정도로 인정되면 된다는 학설, 합리적 의심이 들지 않을 정도의 증명이 필요하다는 학설이 대립하고 있으나, 법률에서 거증책임의 전환을 규정한 것 이외에 증명의 정도를 감경시키는 특별한 규정을 두고 있지 않으므로, 법적 근거 없이 명예훼손의 진실성 입증에 대하여만 증거의 우월 정도로 충분하다고 해석할 수 없으므로 형사소송법의 일반원칙에 따라 엄격한 증명으로서 증거능력 있고 법정에서의 증거조사를 거친 증거에 의한 증명이 필요하고 또한 합리적인 의심을 배제할 정도의 증명을 필요로 한다는 것이 판례와 통설의 태도이다.⁶⁷⁾

또한, 일본도 독일과 마찬가지로 허위사실을 적시한 경우에도 일정한 조건

65) 最高判 1981. 4. 16. 刑集 35권 3호, 84면.

66) 大谷 實, 앞의 책(주 62), 170면.

67) 大谷 實, 앞의 책(주 62), 172면 ; 最高判 1976. 2. 3. 刑集 30권 2호, 229면.

이 충족되면 제230조의2에 의하여 위법성이 조각된다. 독일은 적시내용이 진실인지 여부에 대한 충분한 심사 및 조회를 다하였는지 여부로 판단하는데 일본 최고재판소는 행위자가 그 사실을 진실이라고 오신하였고 그 오신에 대한 확실한 자료 등이 있어 상당한 이유가 있는 때에는 명예훼손죄의 책임을 지지 않는다고 판시하였다. 문제된 사건은 시사잡지인 ‘와카야마 시사신문’의 발행인이 ‘흡혈귀 사카구치 토크이치로의 죄업’이라는 제목으로 와카야마시 특종신문사 사주인 사카구치 토크이치로와 그의 지시를 받은 위 특종신문의 기자가 와카야마 시청의 토목건설부 과장 등을 찾아다니면서 “내줄 수 있는 것을 내어 놓으면 눈감아 줄 수도 있으나 성의를 보이지 않으면 터뜨린다, 직권남용으로 부정하게 재물을 취한 의심이 있으니 한번 얘기해보자, 그쪽에서 호의를 보이면 나도 달리 생각해볼 수 있다” 등의 말을 하였다는 기사를 시사잡지에 게재하여 위 사카구치 토크이치로의 명예를 훼손한 것으로 기소된 것이었다, 일본 최고재판소는 “형법 제230조의 2 규정은 인격권으로서의 개인의 명예보호와 헌법 제21조의 정당한 언론의 보장과의 조화를 도모하고자 마련된 것으로, 양자 사이의 조화와 균형을 고려한다면 적시된 사실이 진실이라는 증거가 없더라도 행위자가 그 사실을 진실이라고 오신하였고 그 오신에 대한 확실한 자료, 근거에 비추어 상당한 이유가 있는 때에는 범죄의 고의가 없고 명예훼손죄는 성립하지 않는다”고 판시하였다.⁶⁸⁾

최근 일본 최고재판소⁶⁹⁾는 인터넷을 사용하는 일반인이 자신이 개설한 홈페이지에 프랜차이즈 형식의 음식점을 경영하는 A사가 컬트 집단이라고 지적하는 내용의 글을 게시하여 명예훼손죄로 기소된 사안에서 인터넷상 명예훼손죄에 있어서 ‘진실성 요건의 상당한 이유’에 대한 기준을 제시하였다. 원심은, 인터넷 공간에서는 이용자들이 상호 대등한 위치에서 논의를

68) 日崔判, 1969. 6. 25. 刑集 23권 7호 295면.

69) 日崔判, 2010. 3. 12. 刑集 64권 2호 1면.

할 수 있고, 이용자 개인이 인터넷에서 수신한 정보의 신용성이 다른 이용자들에게 낮은 정도로 받아들여지고 있기 때문에 ‘상당한 이유’에 대하여 좀더 완화된 기준을 적용하여야 하고, 따라서 대상사건의 피고인은 인터넷 개인이용자에게 요구되는 수준의 정보수집을 하였다는 이유로 무죄를 선고하였다. 그러나 최고재판소는 인터넷 개인 이용자에 의한 표현행위의 경우에도, 개인이용자가 인터넷 공간에서 게재하는 정보에 대한 신뢰성이 항상 낮다고 할 수는 없고, 인터넷 공간에서 게재되는 정보는 불특정다수의 이용자들이 짧은 시간에 열람할 수 있어 그 피해가 심각하고, 한번 손상된 명예의 회복은 용이하지 않고 인터넷상의 반론 게재만으로 충분히 회복되지 않기 때문에, 인터넷상 명예훼손죄의 경우도 피고인이 적시한 사실을 진실로 오신한 것에 대하여 확실한 자료, 근거에 비추어 상당한 이유가 있다고 인정되는 경우에 한하여 위법성이 조각된다고 해석함이 상당하다고 판시하였다.

한편, 일본형법 제232조 제1항은 명예에 관한 죄를 친고죄로 정하고 있다.

제4장 사이버 명예훼손행위에 관한 형사법적 쟁점

제1절 현행법 체계에 대한 비판적 검토

1. 사이버 명예훼손죄에 대한 처벌법규

우리나라는 검토한 미국, 독일, 일본과 달리 사이버 공간에서 행해진 명예훼손죄를 규율하는 별도의 법이 있다. 정통망법 제70조 제1항에서 “사람을 비방할 목적으로 정보통신망⁷⁰⁾을 통하여 공공연하게 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다” 라고 규정하고, 제2항에서 “사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 거짓의 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다” 라고 규정하여 정보통신망을 사용한 명예훼손 행위를 처벌하고 있다. 형법 제307조의 명예훼손죄와 그 구성요건이 거의 비슷하나 “비방할 목적” 이 구성요건에 추가되었다는 점에서 상이하다. 위 두 죄에 대하여는 반의사불벌죄로 규정하고 있다.

한편 사이버 공간에서 사자에 대한 명예훼손 행위를 한 것에 대하여는 정통망법에서 별도로 처벌규정을 두고 있지 않으므로 형법이 적용된다.

70) 정보통신망은 정통망법 제2조 제1항 제1호에 의하여 전기통신설비를 이용하거나 전기통신설비와 컴퓨터 및 컴퓨터의 이용기술을 활용하여 정보를 수집·가공·저장·검색·송신 또는 수신하는 정보통신체제를 의미함.

2. 정통망법위반(명예훼손)죄와 형법상 명예훼손죄와의 관계

(1) 형법 제309조의 특별구성요건으로 보는 견해

형법 제309조에는 출판물 등에 의한 명예훼손죄가 규정되어 있다. 즉 사람을 비방할 목적으로 신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의하여 사실적시 명예훼손죄나 허위사실 적시 명예훼손죄를 범하는 경우 전자의 경우는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 700만원 이하의 벌금에 처하고 후자의 경우는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천 500만원 이하의 벌금에 처하도록 함으로써 형법 제307조의 일반 명예훼손죄보다 가중처벌하고 있다.

이 견해는 정통망법 제70조와 형법 제309조 모두 ‘비방의 목적’이라는 주관적 구성요건요소를 필요로 하는 점, 법정형도 자유형은 같고 벌금형만 정통망법 처벌규정이 더 무겁게 규정되어 있는 점, 라디오도 출판물이 아님에도 불구하고 형법 제309조에서 의율하는 것은 전파성이 큰 매체에 대하여 불법을 가중하고 있는 점 등을 고려할 때 인터넷도 당연히 형법 제309조의 ‘기타 출판물’에 포함된다고 해석하는 견해이다. 다만 정보통신망법 제70조가 형법 제309조의 특별구성요건이므로 전자가 우선 적용된다고 설명한다.⁷¹⁾

(2) 형법 제309조와 무관한 구성요건으로 보는 견해

형법 제309조 출판물에 의한 명예훼손죄의 법문 중 ‘기타 출판물’은 포

71) 김일수/서보학, 형법각론(주 27), 169면; 김혜경, “사이버공간에서의 표현행위와 형사책임”, 한국형사정책연구원, 2005, 90면; 최석운, “인터넷 명예훼손 및 모욕죄와 형법적 대응방안”, 비교형사법연구, 제12권 제2호, 2010, 546면.

팔적이기는 하나 적어도 인쇄한 물건의 정도에 이르러야 하는데 인터넷은 여기에 해당된다고 볼 수 없으므로 본조를 적용하기 어렵고, 인터넷이라는 전파성이 매우 큰 매체를 사용했다는 점에서 형법 제307조의 일반 명예훼손 행위보다 불법이 가중되어 중하게 처벌하는 것이라는 견해이다.⁷²⁾ 이 견해에 의하면 만일 인터넷이 형법 제309조의 기타 출판물에 해당한다고 본다면 피고인에게 불리한 유추해석으로 죄형법정주의에 반한다고 설명한다.

다만 형법 제307조의 명예훼손죄로도 의율할 수 있는지에 대하여는 견해가 갈린다. 의율을 긍정하는 견해는 사이버 공간이 현실세계와 무관한 공간이 아니라 현실세계에 속하는 공간이고 사이버 공간에서의 명예훼손은 사이버 공간에서의 사회적 평가를 저하시킬 뿐만 아니라 현실세계의 사회적 평가에도 반영되므로 의율할 수 있다고 설명한다.⁷³⁾ 반면 의율을 부정하는 견해는 오프라인에서의 명예훼손 행위는 형법상의 명예훼손죄로 규율되며 사이버명예훼손 행위에 대해서는 정보통신망법상의 명예훼손죄에 의해 규율되는 이원적인 법체계라고 설명한다.⁷⁴⁾ 즉 후자의 견해는 명예훼손성 사실을 적시한 매체가 무엇이냐에 따라 적용법조를 달리해야 한다는 것이다.

(3) 검토

죄형법정주의는 형사법의 대원칙으로 범죄의 성립 유무는 법률에 근거해야 한다. 따라서 법문을 유추해석하여 피고인에게 불리하게 하는 것은 죄형

72) 김성돈, 형법각론(제5판), 성균관대학교 출판부, 2018, 226면; 강동범, 앞의 논문(주 22), 51면; 권창국 “사이버공간에서의 표현의 자유와 한계- 사이버공간에서의 명예훼손에 대한 형사법적 규제와 인터넷실명제 도입문제를 중심으로-”, 형사정책연구 제19권 제4호, 형사정책연구원, 2008 겨울호, 20면.

73) 강동범, 앞의 논문(주22), 46면.

74) 최정일, “사이버 명예훼손죄의 구성요건 분석 및 형사법적 규제방안에 대한 소고”, 법학연구 제23권 제2호, 경상대학교 법학연구소, 2015, 213면.

법정주의에 반하는 것으로 인정되지 않는다고 할 것이다. 라디오가 형법 제309조가 의율하는 매체로 인정되는 것은 법문에 명확히 규정되어 있기 때문으로 인터넷의 경우와 다르다고 할 것이다. 비록 인터넷의 높은 전파성이라는 특성이 출판물과 유사하고 형법 제309조가 제307조보다 가중규정인 이유가 매체의 높은 전파성 때문이라고 하지만 죄형법정주의에 반하는 유추해석은 불가하다 생각된다. 따라서 인터넷을 사용한 명예훼손 행위는 형법 제309조로 의율할 수 없고 정보통신망법 제70조는 형법 제309조와 무관한 처벌규정으로 해석하는 것이 타당하다.

3. 사이버 명예훼손죄의 형법 편입방향에 대한 검토

(1) 서설

우리나라는 전술한 바와 같이 미국, 독일, 일본 등 다른 국가와 달리 특별법인 정통망법에서 사이버 명예훼손죄를 별도로 의율하고 있다. 즉 일반적인 명예훼손죄는 형법에서, 그 중 특히 인터넷을 매체로 하는 명예훼손죄는 정통망법에서 의율함으로써 이원적 법체계를 구성하고 있다. 그런데 사자에 대한 사이버 명예훼손죄나 피해법익을 같이 하는 모욕죄의 경우는 정통망법에 처벌하는 조문이 없어 형법으로 의율하고 있다. 한편 문서에 관한 죄나 사기죄 등 다른 범죄의 경우 인터넷 등 정보통신망을 사용한 경우에도 일반 형법에서 처벌조문을 마련하고 있다는 점에서 구별된다.

따라서 명예훼손죄의 경우 현행법 체계와 같이 이원적 법체계를 유지하는 것이 타당한지 아니면 일반 형법으로 편입하여 단일화하는 것이 타당한지에 대하여 논의가 존재한다.

(2) 형법으로의 단일화를 주장하는 견해

이 견해는 범죄유형에 따라서는 변화하는 사정에 따라 시의적절한 대처가 필요한 범죄 등 일반 형법에 규정하는 것이 부적절하거나 불가능한 성격의 범죄가 있으나, 사이버 명예훼손죄는 오늘날 인터넷 시대에서 누구라도 용이하게 범할 수 있는 보편적인 범죄행위의 하나가 되었고 일반 형법이 아닌 특별 형법으로 규율할 합리적인 이유가 없다고 주장한다.⁷⁵⁾ 또한 행정법규인 정통방법의 다른 규정과 동일한 법률에서 규정되어야 할 특별한 연관성도 없다고도 주장한다.⁷⁶⁾

형법전에 편입하는 구체적 방법으로는 형법 제309조의 출판물 등에 의한 명예훼손죄를 개정하여 열거 매체 중에 ‘인터넷’을 포함시키자는 견해⁷⁷⁾, 형법 제309조의 출판물 등에 의한 명예훼손죄와 불법성이 유사하므로 법정형의 균형을 맞추되 사이버 명예훼손죄의 경우는 명시적으로 ‘공연성’을 요건으로 규정해야 한다는 견해⁷⁸⁾ 등이 있다.

(3) 이원화 체계를 긍정하는 견해

이 견해는 현대 사회에는 다양한 형태의 신종 사이버 범죄가 끊임없이 발생하고 있는데 일반 형법에 사이버 범죄를 규율한다면 특별법으로 규율하는 것보다 개정작업에 더 많은 시간과 비용 등이 걸릴 수 있어 범죄에 신속하고 적절하게 대처하기 어려우므로 사이버범죄에 관한 특별법을 제정하

75) 최정일, 위의 논문, 223면; 강동범, 앞의 논문(주22), 57면.

76) 김혜정, “인터넷상 명예훼손·모욕죄의 형사법적 통제에 관한 소고”, 홍익법학 12권 1호, 홍익대학교 법학연구소, 2011, 336면.

77) 최정일, 앞의 논문(주74), 223면.

78) 강동범, 앞의 논문(주22), 57면.

여 사이버 명예훼손죄도 여기에 편입시켜야 한다고 주장한다.⁷⁹⁾

(4) 검토

생각건대 사이버 명예훼손죄도 일반 형법으로 편입하여 의율하는 것이 타당하다고 생각된다. 일반 명예훼손죄와 범죄수단의 매체만이 다를 뿐이고 오늘날 정보화 사회에서는 오히려 명예훼손죄의 대다수를 구성하고 있는 점에 비추어 형사처벌의 기본 범죄를 의율하고 있는 형법으로 편입되는 것이 법체계의 일관성과 법적 안정성을 위하여 타당하다.

그리고 구체적인 편입방법은 후술하겠지만 사이버 공간에서는 출판물 등 명예훼손죄와 달리 공개적이지 않은 사적 의사소통 과정에서 명예훼손적 표현을 할 수도 있고 전파가능성이 없는 한 이러한 표현의 자유는 보호하는 것이 마땅하므로 ‘공연성’을 범죄 구성요건으로 명시할 필요가 있다. 따라서 형법 제309조의 출판물 등에 의한 명예훼손죄의 일부로 편입할 것이 아니라 형법 제309조의2를 신설하여 사이버 명예훼손죄를 별도로 처벌하는 조문을 만드는 것이 타당하다고 생각된다.

제2절 구성요건과 관련된 쟁점

1. 사이버 공간에서의 ID 등의 명예의 주체 인정 여부

(1) 명예의 주체

79) 김신규, “사이버명예훼손: 모욕행위에 대한 형사규제의 개선방안”, 비교형사법연구 제19권 제4호, 2018. 613면.

명예의 주체는 사람이다. 유아, 정신병자를 포함한 모든 자연인이 주체가 된다. 사자(死者)가 명예의 주체가 되느냐가 문제되는데 이는 사자명예훼손죄의 보호법익이 무엇인지와 관련되어 있다. 이에 대하여는 사자가 아니라 유족의 명예 또는 유족이 사자에 대하여 갖는 존경심을 보호법익으로 한다면 유족이 없는 경우 사자명예훼손죄가 성립하지 않게 되어 부당한 점, 유족에 대한 명예훼손죄로 의율하면 될 뿐 사자명예훼손죄를 별도로 규정할 필요가 없음에도 우리 형법이 사자명예훼손죄를 규정하는 점, 사람이 사망하더라도 인격적 가치는 남는다는 점 등에서 역사적 가치로서의 사자의 명예를 보호해야 한다는 것이 통설이다.⁸⁰⁾ 또한 판례⁸¹⁾도 “사자의 명예훼손죄는 사자에 대한 사회적, 역사적 평가를 보호법익으로 하는 것이다” 라고 판시하여 통설과 같은 입장이다.

또한 법인도 명예의 주체가 되고, 법인격 없는 단체라도 법에 의하여 인정된 사회적 기능을 담당하고 통일적 의사를 형성할 수 있다면 공법상 단체인가 사법상 단체인가를 불문하고 명예의 주체가 된다고 하겠다. 정당, 노동조합, 주식회사 기타 상법상 회사, 종교단체 등이 그 예가 되겠다.⁸²⁾

그런데 사이버 공간에서는 이용자들이 대부분의 경우 자신의 실제 이름이 아닌 ID나(identification number), 닉네임(nickname), 핸들네임(handlename) 등을 사용하여 활동한다. 또한 아예 사이버 공간에서 자신과 동일시할 수 있는 아바타(avatar)와 같은 캐릭터를 만들어 사용하기도 한다. 따라서 사이버 공간에서는 특정인에 대하여 실명이 아닌 ID 등을 적시하면서 명예훼손적 표현을 하는 경우가 적지 않은데 이러한 경우 ID 등 자체의 명예를 훼손하였다고 볼 수 있을지 즉 ID 등 자체를 명예의 주체로 인정할 수 있는

80) 김일수·서보학, 형법각론(주 27), 156면; 신동운, 형법각론(주 27), 718면; 오영근, 형법각론(주 27), 171면; 이재상·장영민·강동범, 형법각론(주 27), 185면.

81) 대법원 1983. 10. 25. 선고 83도1520 판결.

82) 이재상·장영민·강동범, 형법각론(주 27), 185면.

지가 문제된다.

(2) ID 등의 명예의 주체 인정 여부

구체적인 사례를 들자면 다음과 같다.

갑은 인터넷 A포털 사이트의 요리를 관심주제로 하는 **카페에서 ID가 “백점주부”로 활동하고 있다. 그런데 ID를 ”나르시즘“으로 활동하는 을이 위 카페 게시판에 ”백점주부가 최근 불륜을 저질러 이혼을 당했다“는 명예훼손성 글을 게시하였다.

이 사례에서 “백점주부”라는 ID 자체를 명예의 주체로 인정할 수 있을지가 문제된다. 즉 범죄사실을 “----- ID ‘백점주부’를 사용하는 피해자 갑의 명예를 훼손하였다.”가 아니라 “----- ID가 ‘백점주부’인 사람의 명예를 훼손하였다.”로 구성할 수 있을지가 문제이다.

이에 대하여는 견해의 대립이 있다.

ID 자체의 명예의 주체성을 긍정하는 견해는, 사이버 공간은 가상의 세계가 아니라 현실관계적 세계이므로 현실세계와 동일하게 명예를 보호할 필요가 있고 ID는 사이버인격의 주체라고 할 수 있다는 점을 근거로 든다.⁸³⁾ 또한 ID 등이 사이버 공간에서는 자신의 정체성을 확인하는 상징적 기호로 사용되고 경우에 따라서는 배후의 특정인을 확인할 수 있다는 점에서 명예의 주체로 인정할 수 있다고 설명한다.⁸⁴⁾

ID 자체의 명예의 주체성을 부정하는 견해는, 사이버 공간이라는 특수성만을 고려하여 명예의 주체 범위를 지나치게 확대하는 것은 향후 새롭게 개

83) 강동범, 앞의 논문(주22), 48면.

84) 권창국, 앞의 논문(주72), 19면.

발되고 등장하게 될 ID와 유사한 기능을 지닌 사용자의 정체성을 징표하는 수많은 징표에까지 명예훼손죄의 성립을 확대할 여지를 줌으로써 표현의 자유를 지나치게 위축시킬 우려가 있다고 주장한다. 그리고 이 견해에 의하면, 다만 표현의 내용을 주위사정과 종합해볼 때 ID의 소유자의 성명, 실체를 구체적으로 특정할 수 있다면 그 “소유자”의 명예를 훼손하였다고 보아야 한다고 설명한다.⁸⁵⁾ 즉 피해자가 소유한 ID 등을 사용하여 명예를 침해한 경우 익명성이 확보되어 피해자가 특정되었다고 볼 수 없으나, 피해자를 추론하여 알 수 있는 경우에는 피해자가 특정되어 명예훼손이 성립한다는 것이다.⁸⁶⁾

한편 절충적인 견해도 있다. 전자회의실, 메신저 또는 현실공간에서도 정기적 만남을 갖는 인터넷 모임과 같이 ID 사용자를 인식하고 있거나 인식할 수 있는 한정된 사람들이 참여하는 사이버 공간에서는 ID가 마치 가명이나 필명과 같은 역할을 하기 때문에 특정인을 표시한다고 보아야 할 것이므로 ID도 명예의 주체가 되지만, 불특정 다수인이 참여하는 인터넷 게시판의 경우는 ID 배후의 특정인을 불특정 다수인들이 인식할 수 없으므로 ID가 명예의 주체가 될 수 없다는 것이다.⁸⁷⁾

한편 판례⁸⁸⁾에 의하면 특정인의 성명을 반드시 명시할 필요는 없고 두문자나 이니셜을 사용하여도 표현의 내용을 주위사정과 종합적으로 판단하여 그것이 특정인을 지목하는 것인가를 알 수 있으면 명예훼손죄가 성립한다는 입장으로 이러한 기본 논리에 따라 사이버 공간에서 피해자의 ID만 적시된 경우에도 주위 사정을 종합해볼 때 명예훼손의 대상인 피해자로 특정되는 경우 특정인에 대한 명예훼손죄가 성립한다고 설시⁸⁹⁾하였고, 헌법재판

85) 최정일, 앞의 논문(주74), 214-215면.

86) 박광민, “인터넷상의 명예훼손에 대한 형사법적 규제”, 형사법연구 제24호, 한국형사법학회, 2005, 104-105면.

87) 김혜경, 앞의 논문(주71), 118-119면.

88) 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008다27769 판결.

소⁹⁰⁾ 또한 ID나 핸들네임만 적시한 경우 주위 사정을 종합해볼 때 명예훼손의 대상인 피해자를 알아차릴 수 있을 때에는 특정인에 대한 명예훼손죄가 성립한다고 판시하여 기본적으로 ID 자체의 명예의 주체성은 인정하지 않는 것으로 판단된다.

(3) 검토

ID 자체의 명예의 주체성을 인정할 것인가의 문제는 엄밀히 말하자면 특정 ID를 가진 사람을 명예의 주체로 인정할 것인가의 문제이다. ID는 표식일 뿐 실체를 가진 것이 아니기 때문이다. 그리고 특정 ID를 가진 사람이 누구인지 알 수 없어도 명예의 주체로 인정하는 것이 타당하다고 생각된다. 만일 명예의 주체를 부정하는 견해에 의한다면, 위와 같은 사례에서 게시판의 표현 내용 등 주위 사정을 종합해보아도 “백점주부” ID의 소유자가 갑이라는 사실을 알 수 없다면 명예훼손죄가 성립하지 않게 된다. 그런데 “백점주부”가 만일 **카페를 비롯하여 요리와 관련된 인터넷 사이트 전반에서 요리에 관한 수준 높은 지식과 좋은 글로 굉장히 유명한 유명인사로 “백점주부”가 쓴 글에 대한 네티즌들의 신뢰도가 굉장히 높은 상황이라고 한다면 어떨까? 이러한 상황에서 “나르시즘” ID를 가진 사람이 쓴 게시글은 “백점주부”에 대한 네티즌들의 호감도를 반감시킬 것이고 사이버 공간에서의 명성을 대단히 훼손시키게 될 것이다.

과거 인터넷이 도입된 초창기와 달리 현재는 인터넷이 사용되는 사이버 공간과 현실 공간을 이분법적으로 구분하기가 어렵다. 파워 블로거, 웹디자이너, e스포츠 선수 등 사이버 공간에서만 활동하는 직업군도 상당히 많이

89) 의정부지법 2014. 10. 13. 선고 2014고정1619 판결.

90) 헌법재판소 2008. 6. 26, 선고 2007헌마461 결정.

생겨났다. 이러한 직업을 갖고 있는 사람들은 현실 공간보다 오히려 사이버 공간에서 활동하는 시간이 절대적으로 많고 그 사이버 공간에서 나름의 명성과 스펙을 쌓아나간다. 이제 사이버 공간도 사회의 연속이라 충분히 볼 수 있고 현실 공간에서는 ‘이름’으로서 개인을 특정할 수 있다면 사이버 공간에서는 ‘ID’로서 개인을 특정시킬 수 있는 것이다. 즉 ID는 사이버 공간에서의 사람의 이름이다. 즉, 명예훼손성 표현물과 주위 사정을 고려해도 특정 ID가 현실공간의 특정 아무개 누구인지를 알 수 없다고 하여도 이미 ID로서 그 사람은 특정된 것이고 그가 자신의 ID로서 사이버 공간에서 획득한 사회적 가치, 평판인 명예를 침해당할 수 있고 이를 보호해주어야 하는 것이 타당하다.⁹¹⁾ 나아가 사이버 공간에서 아바타와 같이 현실공간의

91) 각주 88번의 현재 결정례의 소수의견도 ID 소유주의 특정 여부와 상관 없이 명예훼손죄 성립을 긍정하여 같은 취지인바, 다음과 같은 의견내용은 의미있어 참고하고자 함.
「인터넷 포털사이트 네이버의 뉴스 기사에 댓글을 달려면 네이버의 회원으로 등록하고 고유의 ID를 정해야 하며, 그 ID는 네이버 회원의 고유명칭으로서 회원마다 서로 다르다. 따라서 인터넷 ID는, 사이버 공간 밖에서 사용되는 성명과 마찬가지로, 사이버 공간 안에서 그 ID를 사용하는 사람을 특정시키는 기능을 한다. 인터넷 ID와 그 사용자의 성명은 인터넷 포털사이트 관리자에게 등록되므로, 인터넷 ID를 알면 그 사용자가 누구인지 찾을 수 있다. 인터넷 포털사이트 안에서 그 이용자는 인터넷 ID에 의하여 표시되고 실제 성명은 표시되지 아니한다. 이러한 익명성(匿名性)은 의사표현의 자유를 더욱 확대시키는 기능을 하지만, 진실되지 못하거나 과장되거나 공격적인 의사표현이 난무하게 하는 원인이기도 하다. 우리 사회에서 인터넷 의사표현의 조잡성과 그 피해는 참을 수 있는 한계를 넘었다고 보인다. 그리고 인터넷 사이트에서 이루어지는 의사표현은, 아무런 제한이나 간섭을 받지 않고 인터넷 사이트에 게시되고, 그 인터넷 사이트를 이용하는 모든 사람에게 제한 없이 지속적으로 공개되고 복제되어 전파될 수 있다. 따라서 인터넷을 이용하여 이루어지는 인격침해행위(명예훼손·모욕)의 피해는 사이버 공간 밖에서 이루어지는 경우보다 훨씬 크다고 할 수 있다. 그리고 사이버 공간에서 이루어지는 명예훼손행위나 모욕행위도 가상의 것이 아니라 현실적으로 이루어지는 것이며, 그 가해자와 피해자도 현실적으로 존재한다. 따라서 인터넷을 이용한 명예훼손행위나 모욕행위를 규제할 필요가 매우 크다. 이 사건에서 피고소인들은 청구인의 ID를 지정하면서 그 댓글의 내용을 비난하는 댓글을 작성하여 청구인의 댓글이 게시된 뉴스 댓글란에 게시하였으므로, 피고소인들이 작성한 댓글의 내용이 ID로 지정한 사람의 명예를 훼손하거나 모욕하는 것이라면 그 피해자는 그 ID를 고유명칭으로 사용하는 사람으로 특정된다고 보아야 한다. 그리고 피고소인들의 댓글은 네이버 뉴스를 열람하는 불특정 다수인에게 무제한적으로 공개되므로, 피고소인들의 행위는 공연(公然)한 것이라고 보지 않을 수 없다. 따라서 인터넷 포털사이트의 ID만을 지칭하여 그 명예를 훼손한 경우에도, 그 ID에 의하여 특정되는 사람의 외부적 명예가 공연하게 훼손된다고 보아야 한다. 인터넷 ID를 사용하는 사람의 성명이나 실체를 일반인이 구체적으로 알 수 없다고 하여 그 ID 사용자의 외부적 명예가 침해되지 않는다고 보는 것은 인터넷 이용의 현실과 동떨어진 형식논리라고 할 것이다.」

사람에 대응하는 캐릭터까지 존재한다고 한다면 훨씬 명예의 주체를 인정하기 쉬운 것이나 그렇다고 하여 일반 ID 등으로만 특정하는 경우와 법적 취급을 달리 할 이유는 없다고 보여진다. ID나 아바타 등 캐릭터 모두 그 표현방법에 있어서 다소 다를 뿐이지 사이버 공간에서 특정인의 자기정체성을 표시해주는 표식이라는 점은 동일하기 때문이다.

한편, 사이버 공간 안에서는 비대면성 및 익명성으로 인하여 정체성의 단서를 제공받을 수 없고 상대방이 자신을 그려내는 그대로 그 사람을 생각하고 평가할 수 밖에 없다. 이에 따라 온라인 이용자들은 종종 현실에서 형성한 인격과 다른 또다른 인격을 사이버 공간 안에서 형성하는데 이를 온라인에서의 ‘페르소나(persona)’라 하기도 한다. 페르소나는 고대 그리스의 연극에서 특정한 역할을 하기 위하여 배우가 쓰는 가면에서 유래되었으며, ‘person’이나 ‘personality’의 어원이기도 하다.⁹²⁾ 즉 온라인 이용자들은 실명을 감추고 자신이 만든 ID 등을 통하여 현실공간에서의 모습과 다른 일종의 ‘가면’을 쓰고 사이버 공간 안에서 활동한다고도 볼 수 있는데 이 경우 과연 자기정체성을 인정해주고 사이버 공간 안에서 쌓은 명예를 보호해주어야 하는 것인지 의문을 제기할 수도 있다. 예를 들어 갑이 현실공간에서는 동네건달이고 천박한 성품의 사람이지만, 사이버 공간에서는 ID “방랑 논객”이라는 ID로 활동하며 지적이고 재미있는 글을 많이 게시하여 유명블로거인 경우 사이버 공간 안에서 갑이 쌓은 명예를 보호해줄지의 문제이다. 그러나 온라인에서의 페르소나는 그 사람의 또다른 자아라고 생각된다. 정체성의 단서가 노출되는 현실 공간에서도 사람들은 자신이 속한 그룹 및 환경에 따라 얼마든지 멀티 페르소나를 형성할 수 있다. 그리고 어떠한 페르소나 즉 가면을 썼다 하더라도 동일한 자아정체성을 가지고 있고 명예의 주체로서 보호해주어야 한다고 생각된다.

92) 배운정, “CMC 상에서의 페르소나 형성에 관한 연구”, 석사학위논문, 전남대학교 대학원, 2002, 2면.

다만 ID 등에 의한 명예의 주체성 인정에 있어서는 현실공간과 달리 일정한 제한을 두는 것이 타당하다고 생각된다. 즉 해당 ID 등으로서 사이버 공간 안에서 상당 기간 활동하여 어느 정도 네트워크가 형성되어 있고 ID에 대한 어느 정도 평판이 구축된 경우에 한하여 명예의 주체성을 인정하는 것이 타당하다. 명예훼손죄의 보호법익인 외적 명예가 존재하는 경우에 한하여 명예의 주체성을 인정할 수 있기 때문이다.

2. 정통방법 제70조의 “공공연하게”에 대한 해석

(1) 명예훼손죄에서의 공연성의 의미

형법상 명예훼손죄가 성립하기 위하여는 사실을 적시하는 것이 공연히 이루어져야 한다. 공연성의 의미는 ‘불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태’라는 것이 통설이다.⁹³⁾ 추상적 위험범이므로 인식할 수 있는 상태에 도달하면 족하지 구체적으로 인식할 것을 요하지 않는다. 불특정의 경우 수의 다소를 묻지 않으나 특수한 관계로 한정된 범위에 속하지 않아야 하고 다수인인 경우 특정된 사람들이어도 상관 없으나 상당한 다수임을 요한다.⁹⁴⁾

‘불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태’의 의미에 대하여 판례는 소위 ‘전파성 이론’을 채택하고 있다. 즉 “개별적으로 한 사람에 대하여 사실을 유포하였다고 하여도 이로부터 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있으면 공연성의 요건을 충족한다”고 판시하였고, 주관적 고의와 관련하여 “전파가능성에 대한 인식이 있음은 물론 나아가 그 위험을 용인

93) 김일수·서보학, 형법각론(주 27), 157면; 박상기, 형법각론(주 27), 180면; 오영근, 형법각론(주 27), 162면; 이재상·장영민·강동범, 형법각론(주 27), 187면.

94) 이재상·장영민·강동범, 형법각론(주 27), 187면.

하는 내심의 의사가 있어야 하고 그 행위자가 전파가능성을 용인하고 있었는지 여부는 외부에 나타난 행위의 형태와 행위 상황 등 구체적인 사정을 기초로 하여 일반인이라면 그 전파가능성을 어떻게 평가할 것인가를 고려하면서 행위자의 입장에서 그 심리상태를 추인하여야 한다”고 판시하였다.⁹⁵⁾ 판례가 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성을 부정한 사례로는 피해자의 가족⁹⁶⁾, 친척⁹⁷⁾, 친한 지인⁹⁸⁾들에게 사실을 적시한 경우 등이 있다.

그러나 판례의 위와 같은 태도에 대하여는 학계 대다수가 공연성의 범위가 지나치게 확대된다고 비판하고 불특정 또는 다수인이 “직접” 인식할 수 있는 상태에 이르러야 공연성이 충족된다고 주장한다. 그 논거로는 첫째 형법이 명예훼손죄에 대하여 공연성을 요건으로 규정한 것은 공연성이 없는 개인적인 정보 전달은 전파가능성이 있더라도 방임한다는 취지를 명확히 하고 있는 것인데 전파성 이론은 이를 무의미하게 하여 표현의 자유를 지나치게 제한한다는 것이다. 둘째 전파성 이론에 의하면 죄의 성립 여부가 상대방의 전파의사에 따라 좌우되게 되는데 명확해야 할 범죄 성부가 상대방의 의사에 따라 좌우되는 것은 옳지 않다고 주장한다. 셋째 전파성 이론은 명예훼손죄의 보호법익의 보호정도와 행위태양을 혼동한 것이라고 한다. 즉 명예훼손죄는 법익의 보호정도에 있어서 추상적 위험범으로 불특정 또는 다수인이 적시된 사실을 구체적으로 인식할 필요성은 없지만, 위험범이라고 하여 명예훼손죄의 행위태양인 공연성의 의미를 전파가능성으로 대체할 수는 없고 불특정 또는 다수인이 직접 인식할 수 있는 상태여야 공연성을 인정할 수 있어야 한다고 주장한다. 넷째 전파가능성 유무를 판단할 객관적 기준이 존재하지 않기 때문에 구체적 적용에서 자의가 개입될 수 있

95) 대법원 2010. 10. 28. 선고 2010도2877 판결.

96) 대법원 1984. 4. 10. 선고 83도 49 판결 등.

97) 대법원 1981. 10. 27. 선고 81도1023 판결 등.

98) 대법원 1984. 2. 28. 선고 83도891 판결 등.

다고 주장한다.⁹⁹⁾ 다만 직접인식가능성 학설 주장 중에도 판례가 상대방의 전파의사에 따라 죄의 성립 여부를 판단하는 것이 아니라 사안에 따라 개별사정을 고려하여 전파가능성 여부를 엄격히 판단하고 있고 또한 직접인식가능성 학설에 의하더라도 불특정의 사람에게 적시하는 경우는 다수를 묻지 않으므로 전파성 이론에 의하든 직접인식가능성 학설에 의하든 실제 결과는 큰 차이가 없다는 견해도 있다.¹⁰⁰⁾

한편 판례의 전파성 이론을 지지하는 견해¹⁰¹⁾도 있다. 발언내용이 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 인정된다면 결국 그로 인하여 사람의 사회적 가치 내지 평가를 저하시키는 결과를 가져올 수 있으므로 공연성의 요건을 충족시킨다고 봐야 한다는 것이다. 그리고 공연성 여부는 법원이 판단하는 것이지 발언을 듣는 상대방의 전파 의사에 따라 좌우되는 것이 아니므로 그 인정범위가 지나치게 넓어질 염려가 없고, 실제로 판례는 구체적 사안에서 피해자와 동업관계 등 지인인 사람, 친인척 관계나 부부관계에 있는 사람 등인 사람에게 명예훼손성 발언을 하는 경우 전파가능성을 부인하는 등 엄격하게 판단하고 있다고 주장한다.

(2) 사이버 명예훼손죄에서의 공연성의 의미

정통방법 제70조에 의하면 사이버 명예훼손죄도 구성요건으로서 “공공연하게” 사실이 적시될 것을 요한다. 그런데 사이버 명예훼손죄의 경우 공연성을 요건으로 규정해야 하는가에 대하여는 견해의 대립이 있다.

사이버 명예훼손죄도 일반 명예훼손죄와 마찬가지로 공연성이 있어야 한

99) 김일수·서보학, 형법각론(주 27), 158면; 배종대, 형법각론(주 27), 279면; 오영근, 형법각론(주 27), 163면; 이재상·장영민·강동범, 형법각론(주 27), 189면.

100) 김일수·서보학, 형법각론(주 27), 158면.

101) 박상기, 형법각론(주 27), 176면.

다는 견해는, 사이버 공간에서도 공연성이 없는 개인간의 정보전달행위가 있을 수 있고 이러한 경우는 아무리 명예훼손적 표현이 행해진다 하여도 사회적으로 유해하지 않으므로 범죄처벌 대상에서 제외시켜 표현의 자유에 대한 지나친 제한을 억제해야 한다고 주장한다. 따라서 정통망법 제70조는 공연성이 없는 사이버 명예훼손 행위에 대해서는 처벌하지 않겠다는 입법자의 의지가 표현된 규정이라고 해석한다.¹⁰²⁾

한편, 사이버 명예훼손죄의 경우 처벌조문에서 굳이 공연성을 규정할 필요가 없다는 견해가 있는데, 이에 의하면 광범위한 전파가능성이 있는 열려있는 정보통신망을 이용한 명예훼손적인 게시물은 항상 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있으므로 정보통신망을 통해 게시하는 행위 그 자체가 이미 공연성의 요건을 충족하기 때문에 ‘공공연하게’의 문언이 표시된 것은 주의적 문구에 불과하다고 설명한다.¹⁰³⁾

판례는 사이버 명예훼손죄의 경우도 일반 명예훼손죄와 마찬가지로 공연성이 필요함을 전제로 개별 사안에서 전파가능성 이론에 따라 공연성이 인정되는지 판단하고 있다. 따라서 피고인이 인터넷 블로그의 비공개 대화방에서 일대일 비밀대화로 명예훼손성 표현을 한 사안에서, 대화가 일대일로 이루어졌다는 사정만으로 대화 상대방이 대화내용을 불특정 또는 다수인에게 전파할 가능성이 없다고 할 수 없고, 또한 대화 상대방이 비밀을 꼭 지키겠다고 하였다고 하여 당연히 대화내용이 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 없다고 할 수 없으므로 대화가 공연성이 없다고 할 수 없고, 결국 여러 사정을 종합하여 전파가능성이 있는지에 따라 공연성을 판단하

102) 박광민(주86), 104면: 윤종행, “사이버명예훼손죄에 있어서 비방의 목적과 공익관련성”, 형사정책 제18권 제1호, 한국형사정책학회, 2006, 303면.

103) 정대관, “사이버공간에서의 명예훼손죄”, 성균관법학회, 성균관대학교 비교법연구소, 2005, 44면.

여야 한다고 판시하였다.¹⁰⁴⁾

(3) 검토

사이버 명예훼손죄의 경우도 일반 명예훼손죄와 마찬가지로 사적인 정보 전달에 대하여는 최대한 표현의 자유를 확보해주고 개별 사안에서 ‘공연성’이 있는지를 판단해서 범죄 성립 여부를 결정하는 것이 타당하다. 사이버공간에서 정보를 전하는 방법 중 전자메일이나 일대일 채팅을 하는 경우 등과 같은 경우에는 아무리 전파성이 높은 사이버 공간이라 하더라도 개인적인 잡담에 불과하고 명예훼손의 의도도 인정하기 어려워 형사처벌 영역의 밖에 두는 것이 타당하다.

3. 정통방법 제70조의 “비방의 목적” 요건에 대한 비판적 검토

(1) “비방의 목적”의 의미

정통방법의 명예훼손죄가 형법의 명예훼손죄와 구별되는 것은 “비방의 목적”을 추가로 요구한다는 것으로, 이는 형법 제309조의 출판물에 의한 명예훼손죄가 비방 목적을 요구하는 것과 동일하다. 판례¹⁰⁵⁾는 “비방의 목적”의 의미에 대하여 “가해의 의사 내지 목적을 요하는 것으로서, 사람을 비방할 목적이 있는지 여부는 당해 적시 사실의 내용과 성질, 당해 사실의 공표가 이루어진 상대방의 범위, 그 표현의 방법 등 그 표현 자체에 관한 제반 사정을 감안함과 동시에 그 표현에 의하여 훼손되거나 훼손될 수 있

104) 대법원 2008. 2. 14. 선고 2007도8155 판결.

105) 대법원 2008. 9. 25. 선고 2008도4740 판결.

는 명예의 침해 정도 등을 비교, 고려하여 결정하여야 한다” 라고 판시하고 있다. 특히 정통방법의 명예훼손사범의 경우는 게시의 목적과 내용, 표현의 수단과 방법, 게시의 횟수와 기간, 게시자와 피해자와의 관계, 그로 인한 피해의 정도, 반론 또는 삭제요구의 유무 등과 함께 사이트의 성격과 규모, 영리목적의 유무, 개방 정도 등을 참작하여 비방의 목적 유무를 판단해야 한다고 판시하고 있다.¹⁰⁶⁾

또한 판례¹⁰⁷⁾는 비방할 목적은 공공의 이익을 위한 것과는 행위자의 주관적 의도의 방향에 있어 서로 상반되는 관계에 있으므로, 적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 비방할 목적은 부인된다고 판시하고 있다. 이와 같이 판례는 정통방법의 명예훼손죄의 경우 구성요건인 비방의 목적과 관련하여 공익성 여부를 따진다는 면에서 형법상의 명예훼손죄의 경우 위법성 심사단계에서 공익성 여부를 소극적으로 검토하는 것과 다르게 판단한다.

판례는, 유명 연예인 부부가 가정폭력 사안으로 수사기관에 맞고소를 하면서 치열한 법적 공방을 벌이던 사건의 인터넷 기사에 대한 댓글로, 위 연예인 중 일방에 대하여 합의금을 챙기기 위하여 수사기관에 허위사실로 고소를 한 것이라는 취지의 내용을 작성한 것에 대하여 비방의 목적 유무에 대하여 다음과 같이 판단하고 있다.

즉 “정통방법의 ‘사람을 비방할 목적’이란 형법 제309조 제1항의 ‘사람을 비방할 목적’과 마찬가지로 가해의 의사 내지 목적을 요하는 것으로서 공공의 이익을 위한 것과는 행위자의 주관적 의도의 방향에 있어 서로 상반되는 관계에 있다고 할 것이므로, 적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 비방할 목적은 부인된다고 봄이 상당하다.. 중략,, 적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인지 여부는 당해 명예

106) 대구지법 2003. 7. 18. 선고 2003노1218 판결.

107) 대법원 2008. 9. 25. 선고 2008도4740 판결.

훼손적 표현으로 인한 피해자가 공무원 내지 공적 인물과 같은 공인(公人)인지 아니면 사인(私人)에 불과한지 여부, 그 표현이 객관적으로 국민이 알아야 할 공공성·사회성을 갖춘 공적 관심 사안에 관한 것으로 사회의 여론형성 내지 공개토론에 기여하는 것인지 아니면 순수한 사적인 영역에 속하는 것인지 여부, 피해자가 그와 같은 명예훼손적 표현의 위험을 자초한 것인지 여부, 그리고 그 표현에 의하여 훼손되는 명예의 성격과 그 침해의 정도, 그 표현의 방법과 동기 등 제반 사정을 고려하여 판단하여야 할 것이다”라고 판시하면서, 본건의 경우 피해자가 연예인이라는 지명도가 있는 사람이기는 하지만 그가 신혼 중에 가정폭력으로 배우자를 고소한 사건에서 과연 고소의 진정한 목적이 어디에 있는지 여부는 순수한 사적인 영역에 속하는 것으로서 객관적으로 국민이 알아야 할 공공성·사회성을 갖춘 공적 관심사안에 관한 것이라고 할 수 없을 뿐만 아니라, 게시글에 나타난 명예훼손적 표현의 내용과 방법, 게시의 횟수 및 이로 인하여 훼손되는 명예의 성격과 침해의 정도 등의 제반 사정을 고려하면 피고인에게 비방할 목적이 있었다고 볼 수 있다고 판단하였다.

한편 판례¹⁰⁸⁾는 성남시의회 의원이 조례개정안을 반대하던 중 위 개정안이 가결되자 담당과장을 사무실로 불러 개정안에 대한 설명이 부적절했다는 등 욕설과 함께 반말로 질책을 하였고 이에 대한 제보를 받은 인터넷언론 기자인 피고인이 이를 기사화하자 정통방법위반(명예훼손)죄로 기소된 사안에서 적시한 내용이 진실한 사실이고 공공의 이익이 인정되므로 비방의 목적이 부인된다고 판시하였다.

즉 사안에서 기사화된 내용은 모두 사실로서 공직자의 공적 활동과 밀접한 관련이 있는 사안이고 공직자의 공적 활동과 관련있는 사안에 대하여 진실을 공표하는 경우 특별한 사정이 없는 한 공공의 이익에 관한 것으로

108) 대법원 2006. 10. 13. 선고 2005도3112 판결.

인정되며, 고소인 스스로 명예훼손적 표현의 위험을 유발한 것으로 피고인이 고소인에 대한 개인적인 감정이 있는 등 비방할만한 동기를 찾아보기 어렵고 오히려 피고인이 고소인의 부적절한 언행을 지적, 비판하여 시의회 의원들로 하여금 공직자로서 적절하지 못한 언행을 시정하도록 하기 위한 의도가 있었다고 보여지고, 기사의 일부 표현이 원색적이라 하더라도 이를 이유로 피고인에게 고소인을 비방할 목적이 있다고 판단하는 것은 공직자의 공적 활동과 관련된 언행에 대한 언론의 감시·비판 기능을 지나치게 위축시키는 것으로 적절하지 않다고 판시하였다.

한편, 정통방법의 명예훼손죄에 대하여는 형법의 명예훼손죄와 같은 위법성조각사유 규정이 별도로 존재하지 않아 형법의 위법성조각사유 규정인 제310조를 적용할 수 있는지가 문제되는데, 대법원 판례에 의하면 전술한 바와 같이 비방의 목적과 공공의 이익을 위한 것이라는 주관적 의도를 양립불가능한 것으로 보기 때문에 비방의 목적이 인정되어 정통방법의 명예훼손죄의 구성요건에 해당하는 한 형법 제310조의 위법성조각사유 규정을 적용할 수 없다. 따라서 판례는 출판물에 의한 명예훼손죄 사안에서 비방의 목적이 인정되면 형법 제310조의 위법성 조각사유 규정은 적용되지 않는다고 설시한 바 있다. 다만 판례에 의하면, 출판물에 의한 명예훼손죄 사안에서 비방의 목적이 부인되어 출판물에 의한 명예훼손죄에 해당하지 않는 경우 형법 제307조 제1항에는 해당될 수 있으므로 제310조의 위법성 조각사유가 있는지 여부를 다시 검토해야 한다고 설시¹⁰⁹⁾하고 있으므로 정통방법의 명예훼손죄의 경우도 공익성으로 인하여 비방의 목적이 부인되어 정통방법의 명예훼손죄 구성요건에 해당하지 않으면 형법상의 명예훼손죄로 의율할 수 있고 나아가 형법 제310조의 위법성조각사유도 검토할 수 있다.

109) 대법원 2003. 12. 26. 선고 2003도6036 판결.

(2) “비방할 목적” 요건의 필요성 여부

그런데 정통방법에서 명예훼손죄의 구성요건으로 ‘비방의 목적’을 별도로 요구하는 것이 타당한지 의문이 제기된다. 이는 출판물에 의한 명예훼손죄의 경우도 마찬가지이다.

비방은 사전적 의미로 “남을 헐뜯고 욕함”을 의미한다.¹¹⁰⁾ 명예훼손의 고의는 자신의 행위로 타인의 명예를 훼손시키는 결과를 초래할 수 있다는 것에 대한 인식과 의사를 의미한다. 이러한 고의에는 미필적 고의도 포함되고 통설과 판례¹¹¹⁾의 태도인 ‘용인설’에 따르면 구성요건적 결과가 발생할 수 있음을 알지만 어쩔 수 없다고 용인하는 것을 의미한다. 그렇다고 한다면 비방의 목적은 이러한 미필적 고의보다는 훨씬 명예훼손을 하려는 의욕이 강한 것이라고 볼 수 있다. 즉 결국 비방 목적과 명예훼손의 고의는 주관적 의욕의 정도의 강약의 차이에 불과하다고 보여진다.¹¹²⁾

특히 허위사실을 적시하여 명예훼손을 하는 경우는 일반적으로는 비방의 목적을 부정하는 것은 현실적으로 쉽지 않다.¹¹³⁾ 물론 타인을 헐뜯어 명예를 훼손시키려는 의도보다는 “그저 재미있어서” 타인의 명예를 훼손시킬 만한 표현을 하는 경우 비방의 목적이 없다고도 볼 수 있다. 이러한 경우는 특히 익명성이 보장되는 사이버 공간에서 흔하게 발생하는데 인터넷이나 출판물이 범행 매체라고 하여 주관적 의욕의 정도를 더 강하게 요구할 특별한 이유는 없다고 생각된다. 또한 진실한 사실을 적시하는 경우에도 비방

110) 동아 새국어사전, 동아출판 제5판, 2019.

111) 대법원 2015. 11. 12. 2015도6809 판결.

112) 이와 관련하여 목적범인 형법 제207조의 통화위조·변조죄 등의 “행사할 목적”은 위조, 변조한 통화를 진정한 통화로 유통시키려는 인식과 의사로서 통화 위조, 변조의 고의와는 구별되는 초과주관적 불법요소로 볼 수 있으나 정통방법이나 형법 제309조의 “비방할 목적”은 명예훼손의 고의와 별반 다르지 않아 초과주관적 불법요소로 볼 수 없고, 삭제하는 것이 바람직하다는 견해가 있음(최정일, 앞의 논문(주74), 217-218면).

113) 이정원, 앞의 논문(주 22), 38면.

의 목적이 있는 경우는 정통방법으로 비방의 목적이 없는 경우는 일반 형법을 의율하는 것도 논리적으로 맞지 않다. 적시의 매체가 현실공간이 아닌 사이버 공간이라는 이유로 또는 출판물이라는 이유로 비방의 목적 유무에 따라 적용법조를 달리 하여 법정형에 차등을 둘 합리적인 이유를 찾아 보기 힘들다. 주관적인 의도와 상관 없이 인터넷이라는 같은 매체를 사용하여 명예훼손성 표현을 하였다면 똑같이 정통방법으로 의율하는 것이 타당하다.¹¹⁴⁾

또한 주관적인 의욕의 강도의 차이만 있을 뿐인데 과연 어느 경우 비방의 목적이 있고 어느 경우 단지 명예훼손의 고의만이 있는지 명확히 구별할 수 있는지 역시 의문이다. 실제 필자가 검사로 재직하면서 사건을 처리하면서 정통방법의 명예훼손죄나 출판물에 의한 명예훼손죄의 경우도 명예훼손의 고의가 인정되면 특별한 사유가 없는 한 비방의 목적을 인정하여 처리하였고 일반적인 검찰실무도 그러하다. 판례도 허위사실을 적시한 경우 정통방법의 명예훼손죄나 출판물에 의한 명예훼손죄의 “비방의 목적”을 당연히 인정한다. 판례는 “....적시된 사실은 객관적 사실에 배치되는 것으로서 허위이고, 피고인에게 피해자를 비방할 목적이 있었다고 판단하여 유죄로 인정한 조치는 정당한 것으로 수긍이 가고”¹¹⁵⁾, “떠도는 소문만 듣고 그 진위를 확인하지도 아니한 채 인터넷을 통하여 피해자의 명예를 심각하게 훼손하는 내용의 댓글을 단 이상 비방의 목적이 인정된다.”¹¹⁶⁾ 등의 표현을 사용하여 허위사실 적시의 명예훼손 고의와 비방의 목적을 일괄적으로 판단하고 있음을 알 수 있다.

또한 판례가 비방의 목적을 부인한 대부분의 사례는 전술한 공익적 목적이 인정되는 경우로 공익적 목적이 인정되지 않음에도 비방의 목적이 없다

114) 최정일, 앞의 논문(주74), 217면.

115) 대법원 2007. 7. 13. 선고 2006도6322 판결.

116) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도2422 판결.

고 판단한 사안은 발견하기 어렵다. 일례로 판례¹¹⁷⁾는 유명 산모카페인 인터넷 네이버 카페 “맘스홀릭 베이비”에 피고인이 ‘이○○(실명) 산후조리원측의 막장대응’이라는 제목 하에 온수 보일러 고장, 산후조리실 사이의 소음, 음식의 간 등 피고인이 산후조리원에서 지내면서 직접 겪은 불편했던 사실을 알리는 것이거나, 환불을 요구하며 이용 후기에 올리겠다는 피고인의 항의에 피해자측이 “막장으로 소리 지르고 난리도 아니다.”는 글을 작성한 것에 대하여 비방의 목적을 인정하지 않았다. 즉 첫째 인터넷 게시물에 적시된 주요 내용이 객관적 사실에 부합하고, 둘째 산후조리원에 관한 정보는 출산을 앞둔 임산부들의 관심과 이익에 관한 것으로 피고인은 자신도 이용 후기를 보고 이 사건 산후조리원을 선택한 것처럼 산후조리원을 이용하려는 임산부의 신중한 선택에 도움을 주기 위해 인터넷에 이 사건 글을 게시하게 됐다고 동기를 밝힌 점, 셋째 산후조리원 이용에 불편을 겪었다는 내용의 글로 피해자의 사회적 평가가 저하한 정도는 인터넷 이용자의 자유로운 정보 및 의견 교환에 따른 이익에 비해 더 크다고 보기 어려운 점 등에 비추어 적시한 사실은 산후조리원에 대한 정보를 구하고자 하는 임산부의 의사결정에 도움이 되는 정보 및 의견 제공이라는 공공의 이익에 관한 것이라고 봄이 타당하고 피고인의 주요한 동기나 목적이 공공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 산후조리원 이용대금 환불과 같은 다른 사익적 목적이나 동기가 내포되어 있더라도 그러한 사정만으로 피고인에게 비방할 목적이 있다고 보기는 어렵다고 판시하였다.

따라서 정통방법의 명예훼손죄나 출판물에 의한 명예훼손죄의 구성요건 중 “비방의 목적” 요건은 삭제하는 것이 바람직하다. 만일 그렇게 된다면 현재 판례의 태도처럼 굳이 형법 제307조의 일반 명예훼손죄를 의율하는 단계를 거쳐서 형법 제310조의 위법성조각사유를 고려할 필요 없이 정통방

117) 대법원 2012. 11. 29. 선고 2012도10392 판결.

법의 명예훼손죄나 출판물에 의한 명예훼손죄의 위법성 심사 단계에서 바로 형법 제310조는 당연히 적용될 수 있다. “비방의 목적”을 별도로 요구하는 이유가 매체의 특성상 표현의 자유를 좀더 보장해주기 위한 것이라고 입법취지를 설명하나, 형법 제310조의 적용으로 충분히 보장할 수 있고, 강한 비방의 목적은 없으나 공익적인 의도도 없는 표현을 명예훼손죄에서 면죄해줄 이유도 없다고 생각된다.

4. “사실 적시”와 관련한 사이버 명예훼손죄의 특수한 형태 검토

(1) “사실 적시” 요건에 대한 일반적 검토

명예훼손죄가 성립하기 위하여는 사실을 적시해야 한다. 즉 단순한 주관적 가치판단 내지 의견개진이 아니라 구체적인 사실을 적시해야 한다. 이와 같이 구체적인 사실 적시만을 명예훼손죄의 행위태양으로 하는 이유는 침해되는 법익에 대한 위험성이 다르기 때문이다. 즉 가치판단의 경우 발언자의 주관적 견해에 대하여 상대방이 거리를 두고 나름대로 의견을 형성하거나 자신의 의견을 유지하는 것이 용이하지만 사실 적시의 경우 객관적인 형태를 취하여 사실에 근거한 특별한 설득력과 증명력의 지지를 받기 때문에 상대방이 그에 대하여 거리를 두고 독자적으로 판단하는 것이 쉽지 않고 발언자보다 정확한 정보를 가지고 있지 않는 한 발언을 그대로 받아들이는 상황이 발생할 가능성이 매우 크다.¹¹⁸⁾

사실은 현실적으로 발생하고 증명할 수 있는 과거와 현재의 상태로서 구체적인 것을 요하므로 가치판단과 구별되나 양자의 한계가 언제나 명확한 것은 아니므로 개별 사안에 따라 판단해야 한다.¹¹⁹⁾

118) 한수웅, 앞의 논문(주5), 33면.

판례¹²⁰⁾는 “명예훼손죄에 있어서의 사실의 적시란 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 대치되는 개념으로서 시간과 공간적으로 구체적인 과거 또는 현재의 사실관계에 관한 보고 내지 진술을 의미하는 것이며, 그 표현내용이 증거에 의한 입증이 가능한 것을 말하고 판단할 진술이 사실인가 또는 의견인가를 구별함에 있어서는 언어의 통상적 의미와 용법, 입증가능성, 문제된 말이 사용된 문맥, 그 표현이 행하여진 사회적 상황 등 전체적 정황을 고려하여 판단하여야 한다.” 고 판시하였다. 즉 판례는 사실과 의견의 구별기준으로 표현내용이 증거에 의하여 입증이 가능한지 여부를 제시하고 있고, 그 기준을 중심으로 표현내용의 전체적 정황까지 고려해야 한다고 하고 있다. 특히 판례¹²¹⁾는 표현내용이 기사인 경우에는 기사의 객관적인 내용과 아울러 일반 독자가 보통의 주의로 기사를 접한다고 전제하고 기사에 사용된 어휘의 통상적 의미, 기사의 전체적 흐름, 문구의 연결 방법, 기사가 게재된 보다 넓은 문맥이나 배경이 되는 사회적 흐름 등을 기준으로 사실과 의견을 판단해야 한다고 판시하고 있다.

다만 판례는 어떠한 사실을 기초로 의견이나 논평을 하는 경우에는 명예훼손이 성립할 수 있다고 판시하고 있다. 즉 “명예훼손은 의견을 표명하는 방법으로 행해질 수 있고, 어떤 의견의 표현이 그 전제로서 사실을 직접적으로 표현한 경우는 물론 간접적이고 우회적인 방법에 의하더라도 그 표현의 전취지에 비추어 어떤 사실의 존재를 암시하고 또 이로써 사회적 가치 내지 평가를 침해할 가능성이 있으면 명예훼손이 된다” 고 판시하였다.¹²²⁾ 그리고, 어떠한 의견이나 논평이 전제되는 사실을 적시하고 있는지 여부를 판단하는데 있어서 사실과 의견을 구별하는 기준 즉 언어의 통상적 의미와

119) 이재상·장영민·강동범, 형법각론(주 27), 189-190면.

120) 대법원 1998. 3. 24. 선고 97도2956 판결.

121) 대법원 1999. 2. 9. 선고 98다31356 판결.

122) 대법원 2002. 1. 22. 선고 2000다37524 판결.

용법, 입증가능성, 문제된 말이 사용된 문맥, 그 표현이 행하여진 사회적 상황 등 전체적 정황을 그대로 적용한다고 판시하고 있다.¹²³⁾

또한 판례는 “객관적으로 피해자의 사회적 평가를 저하시키는 사실에 관한 보도내용이 소문이나 제3자의 말, 보도를 인용하는 방법으로 단정적인 표현이 아닌 전문 또는 추측한 것을 기사화한 형태로 표현하였지만 그 표현 전체의 취지로 보아 그 사실이 존재할 수 있다는 것을 암시하는 방식으로 이루어진 경우에는 사실을 적시한 것으로 보아야 한다”고 판시하였다.¹²⁴⁾

그리고 사실에는 이미 널리 알려진 사실 또는 듣는 사람이 이미 알고 있는 사실을 적시하는 경우도 포함되며,¹²⁵⁾ 타인으로부터 들은 사실을 적시하는 경우도 포함된다.¹²⁶⁾

그런데 사이버 공간에서는 인터넷의 발달된 기술을 이용하여 다양한 형태의 표현이 이루어지고 있는데, 현실공간에서는 상상하지 못한 이러한 형태들에 대하여 명예훼손죄에 있어서의 ‘사실적시’로서 인정할 수 있는지가 문제된다.

(2) 펴글의 사실적시 인정 여부

가. 문제 제기

‘펴글’은 인터넷 게시판 등에 최초로 글, 사진 등을 게시한 것이 아니라 이미 게시된 것을 복제하여 다른 인터넷 사이트 등에 그대로 게재하였을 때

123) 대법원 1999. 2. 9. 선고 98다31356 판결.

124) 대법원 2008. 11. 27. 선고 2007도5312 판결.

125) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도2422 판결.

126) 대법원 1985. 4. 23. 선고 85도431 판결.

그 게재글을 의미한다. 펴글을 작성하면서 일정 부분 가공을 하여 변형된 형태로 게시한다면 게시과정에서 게시자의 사고가 개입된 적극적인 적시 행위가 있으므로 당연히 사실적시로 인정할 수 있다. 문제는 타인이 게시한 글을 그야말로 그대로 복제하여 다시 게재하는 펴글의 경우 사실 적시 행위로 볼 수 있는지이다. 페이스북의 경우 '공유하기' 기능이 있어 게시글 하단에 있는 해당 기능버튼을 클릭하면 클릭한 사람의 계정에 그대로 똑같은 글이 게시된다. 트위터의 경우도 리트윗 기능이 있어 역시 팔로워가 리트윗 버튼을 클릭하는 경우 해당 게시글과 똑같은 글이 팔로워의 트윗 계정에 똑같이 게시된다. 실제로 많은 네티즌들이 공유하거나 리트윗을 사용하고 있고 똑같은 글이 몇 초만에 무한대로 전파될 수 있는 것이 지금의 현실이다.

나. 학설의 태도

이러한 펴 행위에 대하여는 사실 적시에 해당한다는 점에 대하여 학설에 다툼이 없다.¹²⁷⁾ 사이버 공간에서 펴 행위는 현실 공간에서는 다른 사람의 명예훼손성 발언을 듣고 이를 다시 불특정 또는 다수인에게 퍼뜨리는 것과 같다고 할 수 있으므로 명예훼손죄의 사실 적시에 해당한다고 보는 것이 타당하다고 할 것이다.

다만 펴 행위를 한 사람에 대하여 최초 게시한 사람과 동일하게 정범으로서의 책임을 물을 수 있는지에 대하여 견해의 대립이 있다.

펴 행위는 이미 게시된 글을 단순히 복사하여 다시 게시하는 것이기 때문에 최초 게재된 자료의 확산에 부수적으로 기여한 종범으로 파악하는 것이

127) 김신규, 앞의 논문(주79), 601면; 강동범, 앞의 논문(주22) 47면; 권창국, 앞의 논문(주72) 18면.

타당하다는 견해가 있다.¹²⁸⁾ 다만 이 견해에 의하더라도 비공개 사이트를 해킹하거나 복사방지탭을 해체하는 등의 방법으로 보관된 정보를 획득하고 복사하여 이를 확산시키는 경우에는 정범으로 보아야 한다고 설명한다.

이에 반하여 중범이 성립하기 위한 방조행위는 정범의 범죄실행의 결의를 강화시키거나 실행행위를 가능 또는 용이하게 해주는 실행행위 이외의 원조행위여야 하는데, 원게시물 작성자는 이미 원게시물을 작성, 게시하여 명예훼손죄가 성립하였으므로 펌 행위로 인하여 원게시물 작성자의 범죄 결의가 강화되었거나 원게시물 작성을 가능, 용이하게 해주었다고 보기 어려우므로 중범으로 파악하기는 어렵고, 명예훼손죄의 구성요건에 해당한다면 정범으로 파악해야 한다는 견해가 있다.¹²⁹⁾ 또한 정범의 범행 종료 이후에는 중범은 성립할 수 없는데 원게시자의 명예훼손 행위는 이미 종료함으로써 중범은 성립할 수 없다고 설명한다.

다. 판례의 태도

판례¹³⁰⁾도 피고인이 트위터 글을 리트윗하는 방법으로 펌을 한 것에 대하여 명예훼손죄에 있어서 사실 적시는 스스로 실험한 것을 적시하는 것 뿐만 아니라 타인으로부터 전문한 것을 적시하는 것으로 포함되므로 리트윗도 명예훼손의 사실 적시에 해당한다고 판단하였고, 명예훼손죄의 정범으로 유죄 선고하였다.

128) 권창국, 앞의 논문(주72), 18면.

129) 정정원, “SNS게시물의 작성, 재게시행위와 인터넷상 명예훼손”, 법과 정책연구 제12집 제3호, 한국법정책학회, 2012, 19면; 김신규(주77), 601면.

130) 서울중앙지법 2015. 11. 19. 선고 2015노3556 판결(대법원 2016. 2. 18. 선고 2015도 19209 판결 확정).

라. 검토

펌 행위로 명예훼손성 표현을 한 사람에 대하여도 정범으로 파악하는 것이 타당하다고 생각된다.

첫째 정범과 공범의 구별기준에 대한 통설¹³¹⁾인 행위지배설의 입장에 따르면, 자신의 주관적인 의사에 따라 구성요건에 해당하는 사건진행을 장악한 사람은 정범이고 이러한 행위 지배 없이 타인의 범죄를 야기 또는 촉진한 사람은 공범에 해당한다. 펌 행위자는 자신이 직접 원게시글을 복사하여 재게시함으로써 사실적시를 직접 실행하였는바 구성요건에 해당하는 사건진행을 장악하고 지배하였다고 보는 것이 타당하다.

둘째 중범은 정범의 범행을 도와준다는 방조의 고의를 가지고 있어야 하는데, 펌 행위를 한 사람은 스스로 명예훼손의 고의를 가지고 직접 글을 복사하여 게재하였다는 점에서 방조의 고의를 가졌다고 보기 힘들다.

셋째 정범의 범행 종료 이후 방조행위는 있을 수 없는데¹³²⁾, 원게시자의 명예훼손 행위는 글의 게시로써 이미 종료하였기에 비록 결과적으로 펌 행위자의 펌행위로 인하여 원게시글의 확산에 기여했다 할 지라도 형법상 방조행위는 성립할 수가 없다. 판례¹³³⁾도 정통방법 명예훼손죄의 범죄행위 종료시기에 대하여 정보통신망에 게시하는 행위가 있으면 즉시 범죄가 성립하는 즉시범에 해당하고 계속범이라고 보기 어렵다고 판시한 바 있다. 즉 공소시효 기산일이 문제된 사안에서, “서적·신문 등 기존의 매체에 명예

131) 김일수/서보학, 새로쓴 형법총론, 박영사, 2014, 420면; 배종대, 형법총론, 홍문사, 2017, 393면; 손동권, 새로운 형법총론, 을곡출판사, 2011, 504면; 신동운, 형법총론, 법문사, 2017, 576면; 오영근, 형법총론, 박영사, 2018, 360면; 이재상·장영민·강동범, 형법총론, 박영사, 2017, 442-444면.

132) 이재상·장영민·강동범, 앞의 책, 510면.

133) 대법원 2007. 10. 25. 선고 2006도346 판결.

훼손적 내용의 글을 게시하는 경우에 그 게시행위로써 명예훼손의 범행은 종료하는 것이며 그 서적이나 신문을 회수하지 않는 동안 범행이 계속된다고 보지는 않는다는 점을 고려해 보면, 정보통신망을 이용한 명예훼손의 경우에, 게시행위 후에도 독자의 접근가능성이 기존의 매체에 비하여 좀 더 높다고 볼 여지가 있다 하더라도 그러한 정도의 차이만으로 정보통신망을 이용한 명예훼손의 경우에 범죄의 종료시기가 달라진다고 볼 수는 없다.”라고 판시하면서 정보통신망을 이용한 명예훼손의 경우 게재행위의 종료만으로 범죄행위가 종료하는 것이 아니고 원래 게시물이 삭제되어 정보의 송수신이 불가능해지는 시점을 범죄의 종료시기로 보아서 이 때부터 공소시효를 기산하여야 한다는 검사의 주장을 배척한 원심 판단이 정당하다고 하였다.

따라서 만일 펴 행위자가 원게시자와 공모하여 펴 행위를 하여 게시글을 확산하기로 공모하였다면 공동정범이 성립할 것이고, 그러한 공모 없이 펴 행위자 스스로 펴 행위를 하였다면 단독정범이 성립할 것이다.

(3) 링크(link) 설정행위의 사실 적시 인정 여부

가. 문제의 제기

명예훼손성 표현물이 게재된 인터넷 사이트로 링크만을 설정하여 네티즌들이 그 링크를 클릭해야 비로소 게시글을 볼 수 있게 하는 경우도 명예훼손죄의 ‘사실 적시’에 해당하는지가 문제된다.

나. 학설의 태도

링크의 기술적인 방법에 따라 명예훼손성 표현물이 있는 웹사이트의 초기 화면에 링크하는 방식과 명예훼손성 표현물이 게재된 페이지로 바로 가도록 링크하는 방식으로 나누어 전자는 단순히 초기화면을 링크해 놓은 것으로 사실을 직접 지적하는 것으로 볼 수 없으므로 사실의 적시에 해당하지 아니하나 후자는 개개의 내용에 직접 링크한 것은 그 내용을 지적한 것이라고 할 수 있으므로 이 경우에는 사실의 적시에 해당한다는 견해가 있다.¹³⁴⁾이 견해에 의하면, 전자는 현실 공간에서 명예훼손 사실이 실린 신문의 종류 및 일자만을 알려주는 것이라 한다면 후자는 명예훼손 사실이 실린 신문을 읽을 수 있도록 직접 가져다 주는 것이라고 할 수 있다고 설명한다.

반면 위와 같이 구분할 필요 없이 링크 설정만을 한 것은 명예훼손사실이 실려 있는 곳의 위치정보를 제공하는 것에 불과하기 때문에 직접적인 사실 적시로 볼 수 없다는 견해도 있다.¹³⁵⁾

다. 판례의 태도

링크 설정행위에 대한 명예훼손죄 판례는 없으나 공직선거법위반, 저작권법위반 등 다른 사건에 대한 판례들은 존재하고 기본적인 입장은 링크 설정은 웹페이지나, 웹사이트 등의 서버에 저장된 개개의 저작물 등의 웹 위치 정보나 경로를 나타낸 것에 불과하다는 것이나 각 사안에서 일관적이지는 않다.

134) 강동범, 앞의 논문(주22), 54-55면.

135) 권창국, 앞의 논문(주72), 18-19면; 최정일, 앞의 논문(주74), 222면; 김혜정, 앞의 논문(주76), 16면; 김신규, 앞의 논문(주79) 601면.

저작권 침해로 인한 저작권법위반죄와 관련된 판례¹³⁶⁾는, 저작권자로부터 이용 허락을 받지 아니한 저작물을 게시하거나 인터넷 이용자에게 그러한 저작물을 송신하는 등의 방법으로 저작권자의 복제권이나 공중송신권을 침해하는 웹사이트 등에 연결되도록 링크를 설정한 것이 저작권법위반 방조죄로 기소된 사안에서, 판례는 인터넷 링크는 인터넷에서 링크하고자 하는 웹사이트나, 웹사이트 등의 서버에 저장된 개개의 저작물 등의 웹 위치 정보나 경로를 나타낸 것에 불과하여, 비록 인터넷 이용자가 링크 부분을 클릭함으로써 링크된 웹사이트나 개개의 저작물에 직접 연결된다 하더라도 위와 같은 링크를 하는 행위는 저작권법이 규정하는 복제 및 전송에 해당하지 않는다고 판시하였다. 그리고 형법상 방조행위는 정범의 실행을 용이하게 하는 직접, 간접의 모든 행위를 가리키는 것인데, 링크를 하는 행위 자체는 위와 같이 인터넷에서 링크하고자 하는 웹사이트 등의 위치 정보나 경로를 나타낸 것에 불과하므로 저작권 침해행위의 실행 자체를 용이하게 한다고 할 수는 없으므로 저작재산권 침해행위의 방조행위에 해당한다고도 볼 수 없다고 판시하였다.

또한 공직선거법위반죄 판례¹³⁷⁾는, 선거운동 목적으로 휴대전화 문자메시지에 링크글을 게시하여 기소된 사안에서, 역시 위와 같은 이유로 링크 설정만으로는 게시물 전송에 해당되지 않는다고 판시하였다.

한편 판례¹³⁸⁾는 음란한 영상 등을 공연히 전시 등을 한 것으로 전기통신 기본법위반죄로 기소된 사건에서는 링크 설정이 링크된 웹사이트나 파일의 인터넷 주소 또는 경로를 나타내는 것에 불과하여 그 링크에 의하여 연결

136) 대법원 2015. 3. 12. 선고 2012도13748 판결(저작권법위반으로 인한 손해배상 청구 민사판결에서도 동일한 법논리로 저작권법위반을 인정하지 않음: 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다80637 판결).

137) 대법원 2015. 8. 19. 선고 2015도5789 판결.

138) 대법원 2003. 7. 8. 선고 2001도1335 판결.

된 웹사이트나 파일의 음란한 부호 등을 전시하는 행위 자체에 해당하지 않는다고 볼 여지가 없지는 않으나, 행위자의 의사 내용, 그 행위자가 운영하는 웹사이트의 성격 및 사용된 링크기술의 구체적인 방식, 음란한 부호 등이 담겨져 있는 다른 웹사이트의 성격 및 다른 웹사이트 등이 음란한 부호 등을 실제로 전시한 방법 등 모든 사정을 종합하여 볼 때, 링크를 포함한 일련의 행위 및 범의가 다른 웹사이트 등을 단순히 소개·연결할 뿐이거나 또는 다른 웹사이트 운영자의 실행행위를 방조하는 정도를 넘어, 이미 음란한 부호 등이 불특정·다수인에 의하여 인식될 수 있는 상태에 놓여 있는 다른 웹사이트를 링크의 수법으로 사실상 지배·이용함으로써 그 실질에 있어서 음란한 부호 등을 직접 전시하는 것과 다를 바 없다고 평가되고, 이에 따라 불특정·다수인이 이러한 링크를 이용하여 별다른 제한 없이 음란한 부호 등에 바로 접할 수 있는 상태가 실제로 조성되었다면, 그러한 행위는 전체로 보아 음란한 부호 등을 공연히 전시한다는 구성요건을 충족한다고 봄이 상당하다고 하면서 링크 설정행위만으로 공연 전시의 구성요건을 인정하였다.

라. 검토

링크만을 설정한 것은 명예훼손죄의 사실 적시에 해당한다고 보기는 어렵다고 판단된다. 명예훼손죄에서의 사실 적시는 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있도록 명예훼손성 표현물이 공개되도록 하는 것이다. 즉 불특정 또는 다수인의 별개의 행위가 개입되지 않아도 명예훼손 가해자의 행위만으로 범행이 완성되어야 한다. 그런데 링크만을 설정한 경우에는 불특정 또는 다수인이 설정된 링크를 클릭하는 별도의 행위가 개입되어야만 불특정 또

는 다수인이 명예훼손성 표현물을 인식할 수 있는 상황이 만들어진다는 것이다. 다시 말하면 만일 불특정 또는 다수인이 그 링크를 클릭하지 않는다면 명예훼손성 표현물을 인식할 수 있는 가능성조차 없다. 그렇다고 한다면 링크설정 행위는 판례의 판시내용과 같이 명예훼손 표현물의 위치나 정보를 알려주는 것일 뿐 구체적인 표현내용인 사실을 “적시”했다고 보기는 어렵다고 판단된다.

판례가 비록 음란물 공연전시 사건에서 링크설정 행위만으로 구성요건을 충족한다고 판단하였지만, 이 사안의 경우 팬티신문이라는 웹사이트를 운영하면서 많은 사람들이 접속하도록 호객하기 위하여 수 개의 음란 사이트의 링크표지들을 설정해놓았고 그 표지들의 이름만으로도 ‘섹스롤렛’, ‘야한 박물관’ 등으로 음란성을 나타내는 선정적인 단어를 사용하는 등 여러 가지 추가사정이 존재한 것으로 단순히 링크만을 설정해놓은 것과는 달랐기 때문에 위와 같은 판시한 것으로 생각된다.

제3절 형법의 장소적 적용범위에 관한 고찰

1. 서설

인터넷의 공간을 초월하는 전파성 때문에 인터넷을 수단으로 하는 범죄는 어느 나라 형법을 적용할 것인가의 문제를 야기하고 사이버 명예훼손죄의 경우도 마찬가지이다. 인터넷을 통하여 명예훼손성 표현물을 올리는 사람의 소재지, 인터넷 서버의 소재지, 표현물을 접하는 피해자의 소재지 등이 한 국가에서 이루어지지 않는 경우 과연 어느 나라의 형법을 적용하여 수사

및 재판을 할 수 있는지가 문제되는 것이다. 해당 범죄가 살인, 강도, 강간과 같이 반인도적 범죄로서 전인류가 보편적으로 불법성을 인정하고 처벌하는 범죄라면 어느 나라 형법을 적용하여도 처벌이 되어 큰 문제는 없으나 명예훼손죄는 각국 고유의 문화와 관습에 따라 범죄 성립 및 처벌 여부에 대하여 다르게 규율하고 있으므로 형법의 장소적 적용범위에 대한 판단 기준 설정에 있어 신중한 접근이 요구된다.

2. 형법의 장소적 적용 범위

형법 제2조는 “본법은 대한민국 영역 내에서 죄를 범한 내국인과 외국인에게 적용한다”고 규정하여 속지주의를 원칙으로 하고 있다. 속지주의는 자국의 영역 안에서 발생한 모든 범죄에 대하여 범죄인의 국적을 불문하고 자국 형법을 적용한다는 원칙이다. 속지주의는 국가주권사상에 일치하고 정의와 소송경제에 유리한 제도이므로 대부분의 국가가 채택하고 있는 장소적 적용범위에 대한 원칙이다.¹³⁹⁾

속지주의를 규정한 형법 제2조의 조문 중 “죄를 범한”의 의미에 대한 해석이 문제된다. “죄를 범한”은 문언상 범죄행위 시작시부터 종료시까지를 의미한다고 해석하는 것이 타당하고, 다만 범죄행위라고 할만한 행위의 시작은 적어도 실행의 착수부터라고 해야 할 것이다. 즉 범죄 실행의 착수시부터 종료시까지의 과정 중 어느 한 순간이라도 발생한 국가가 우리나라라면 우리 형법을 적용할 수 있는 것이다. 학설은 실행행위지와 결과발생지와 다른 경우 “죄를 범한”의 해석과 관련하여 실행행위지를 범죄지로 보아야 한다는 행위지설, 결과발생지를 범죄지로 보아야 한다는 결과지설, 범죄 구성요건에 해당하는 한 실행행위지, 결과발생지 모두를 범죄지로 인

139) 이재상·장영민·강동범, 형법총론(주 131), 47면.

정해야 한다는 편재설 등의 견해가 갈리는데¹⁴⁰⁾ 통설¹⁴¹⁾과 판례¹⁴²⁾는 편재설의 입장이고 타당하다.

그런데 범죄는 결과발생 이후 일정한 위법상태의 계속이 존재하는 계속범과 결과발생과 동시에 범죄가 종료되는 즉시범 내지 상태범이 있다. 주거침입죄 등이 전자에 해당하고 살인죄 등이 후자에 해당한다. 따라서 계속범의 경우는 결과발생 시점과 범죄종료 시점이 상이하다. 형법 제2조의 “죄를 범한”을 해석함에 있어서도 이를 고려해야 할 것이다.

또한 범죄는 결과범 내지 실질범과 거동범 내지 형식범으로 나눌 수 있는데, 결과범은 구성요건이 결과의 발생을 요건으로 하는 범죄로 살인죄 등이 해당하고, 거동범은 구성요건의 내용이 결과발생을 요하지 않고 일정한 행위를 함으로써 충족되는 범죄로 무고죄 등이 해당한다. 따라서 형법 제2조의 “죄를 범한”을 해석함에 있어서 결과범의 경우 결과발생지도 범죄지에 포함되나, 거동범의 경우는 결과발생지가 범죄지에 포함될 여지가 없다.

그리고 범죄는 또한 보호법익의 침해 정도에 따라 침해범과 위험범으로도 분류할 수 있는데 침해범은 구성요건에서 보호법익의 현실적 침해를 요구하는 범죄로 살인죄 등이 해당하고, 위험범 중 구체적 위험범은 보호법익에 대한 구체적 내지 현실적 위험 발생을 요구하는 범죄로 일반물건 방화죄 등이 해당하고 추상적 위험범은 보호법익에 대한 추상적 위험만 존재하면 구성요건이 충족되는 범죄로 명예훼손죄 등이 여기에 해당한다. 따라서 추상적 위험범 같은 경우는 일반적 위험발생 가능성이 있는 구성요건 해당행위를 실행하는 장소가 범죄지이고 이후 실제 위험이 발생하였는지, 법익이

140) 전지연, “사이버공간에서 형법적 적용범위의 수정·제한”, 법조 52권 11호, 법조협회, 2003, 82면.

141) 김일수/서보학, 새로쓴 형법총론(주 131), 34면: 배종대, 형법총론(주 131), 88면: 손동권, 새로운 형법총론(주 131), 58면: 신동운, 형법총론(주 131), 66면: 오영근, 형법총론(주 131), 50면: 이재상·장영민·강동범, 형법총론(주 131), 48면.

142) 대법원 1998. 11. 27. 선고 98도2734 판결.

침해되었는지 여부는 범죄지 판단에 영향을 주지 않는 것이다. 즉 추상적 위험범은 실행행위를 한 장소만이 우리 형법의 적용을 받을 수 있다.¹⁴³⁾

한편 형법 제3조는 “본법은 대한민국 영역 외에서 죄를 범한 내국인에게 적용한다”고 규정하여 속인주의로 보충하고 있다. 속인주의는 자국민의 범죄에 대하여 범죄지를 불문하고 자국형법을 적용하는 원칙이다. 내국인은 대한민국 국적을 가진 자로서 범행 당시 내국인일 것을 요한다.¹⁴⁴⁾

그리고 형법 제5조는 “본법은 대한민국 영역 외에서 다음에 기재한 죄를 범한 외국인에게 적용한다”고 규정하고 그 죄로서 내란의 죄, 외환의 죄, 국기에 관한 죄, 통화에 관한 죄, 유가증권, 우표, 인지에 관한 죄, 문서에 관한 죄 중 공문서에 관한 죄, 인장에 관한 죄 중 공인에 관한 죄를 열거하고 있다. 그리고 제6조는 “본법은 대한민국 영역 외에서 대한민국 또는 대한민국 국민에 대하여 전조에 기재한 이외의 죄를 범한 외국인에게 적용한다. 단 행위지의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하거나 소추 또는 형의 집행을 면제할 경우에는 예외로 한다.”고 규정하고 있다. 이 두 조문은 보호주의가 반영된 것으로 해석한다. 보호주의는 자국 또는 자국민의 법익을 침해하는 범죄에 대하여는 누구에 의하여 어느 곳에서 발생하였는가에 관계없이 자국형법을 적용하는 원칙이다.¹⁴⁵⁾ 다만 우리 형법 제6조는 쌍방가별주의를 채택하여 국가간 분쟁을 최소화하는 방향으로 입법하고 있다.

즉 우리 형법은 장소적 적용범위에 대하여 범죄지를 기준으로 하는 속지주의를 기본원칙으로 하여 속인주의 및 보호주의로 보충하고 있다. 적어도 자신이 거주하는 곳의 법률은 준수하도록 하면서 국가간 분쟁을 방지한다는 점, 국민은 자국의 법률을 준수해야 하는 점, 국가간 분쟁을 최소화하는 방향에서 자국의 국익과 국민을 최대한 보호해야 한다는 점 등에서 위와

143) 독일의 통설도 마찬가지 입장임(Tröndle/Fischer, StGB 49, Aufl. 1999, §9, Rn3).

144) 이재상·장영민·강동범, 형법총론(주 131), 47-48면.

145) 이재상·장영민·강동범, 형법총론(주 131), 47-48면.

같은 형법의 태도는 타당하다고 생각된다.

3. 사이버 공간의 특수성에 따른 고찰

명예훼손죄는 명예훼손이 될만한 사실을 적시하면 바로 범행이 종료하는 즉시범이다. 또한 명예훼손죄는 구성요건에서 명예훼손 결과의 발생을 요하지 않고 명예가 훼손될만한 사실을 적시하면 구성요건이 충족되는 거동범이다. 그리고 명예훼손죄는 보호법익의 침해에 있어서 명예에 대한 추상적 위험만 야기하면 구성요건이 충족되는 추상적 위험범이다. 이는 사이버 명예훼손죄에도 마찬가지로 적용된다.

따라서 형법 제2조의 “죄를 범한”의 해석에 있어서 명예훼손죄 구성요건에 해당하는 사실적시 행위 즉 실행행위의 발생지만이 해당하고 따라서 사이버 명예훼손죄의 경우 명예훼손성 글을 게재한 행위를 한 장소가 우리나라여야 우리 형법을 적용할 수 있다 할 것이다. 따라서 명예훼손성 표현물을 인터넷에 게시한 사람의 소재지가 대한민국이라면 그 사람의 국적, 인터넷 서버의 소재지, 피해자의 소재지 등을 불문하고 형법 제2조의 속지주의 적용으로 당연히 형법이 적용된다.

그리고 명예훼손성 표현물을 인터넷에 게시한 사람이 한국인인 경우, 우리 판례 및 다수설에 따르면 인터넷 서버의 소재지, 게시한 사람의 소재지, 피해자의 소재지 등을 불문하고 형법 제3조의 속인주의 적용으로 당연히 형법이 적용된다.

그런데 이에 대하여는 속인주의를 제한적, 보편적으로 적용해야 한다는 비판적 견해가 존재한다. 우리 형법 제3조는 1940년대 독일 나찌형법의 적극적인 속인주의를 수용한 것인데, 당시 독일은 모든 독일인에게 모국의 법과 도덕질서를 그들이 전세계 어디에 있든지 준수하도록 요구하였고 이러한

무한정의 충성의무를 국민에게 강요하는 권위주의적 국가주의 사상이 적극적 속인주의의 배경에 깔려 있다는 것이다. 다만 범죄투쟁을 위하여 전세계 국가가 연대할 필요가 있고 따라서 국외에 있는 자국민의 행위에 대하여 자국이 책임을 진다는 측면에서는 속인주의의 정당성을 찾을 수 있는데, 이러한 ‘국제연대성’이라는 정당화 근거를 고려할 때 행위지에서 가벌성이 인정되는 행위에 한하여 속인주의를 제한적으로 적용해야 한다고 주장한다. 즉 속인주의에 대하여도 쌍방가벌성 요건을 적용하자는 것이다.¹⁴⁶⁾ 이 견해에 따르면 한국인이 미국에서 한국 또는 미국에 서버가 있는 웹사이트에 접속하여 게시판에 한국인 또는 외국인의 명예를 훼손할만한 진실한 사실을 적시하는 경우, 속인주의를 적용하더라도 쌍방가벌성이 요건이고 미국은 진실한 사실을 적시한다면 명예훼손죄로 형사처벌하지 않으므로 우리 형법을 적용할 수 없게 된다.

국제형법에 있어서 고려해야 할 중요한 두가지 요소는 자국민 보호와 국제법질서의 조화라고 생각된다. 자국민의 국외에서의 행위가 살인, 강간, 강도 등과 같이 명백히 반사회적인 범죄라고 한다면 당연히 이를 제재하는 것이 타당하지만, 그렇지 않다고 한다면 행위지의 법질서를 고려하여 자국의 형법을 적용할 것인지 검토할 필요성이 있다는 측면에서 위 주장은 경청할만한 견해이고, 향후 해석론이나 입법론적으로 속인주의에 대한 재검토가 필요하다고 생각한다.

한편 게시자가 외국인이고, 게시자의 소재지도 외국인데, 명예훼손의 피해자가 한국인인 경우, 명예훼손죄는 즉시범, 거동범, 추상적 위험범이므로 속지주의, 속인주의 어느 것에 의하여도 우리 형법을 적용할 수 없다. 따라서 예를 들어 미국인이 미국에서 한국 또는 미국에 서버가 있는 웹사이트에 접속하여 게시판에 한국인의 명예를 훼손할만한 사실을 적시하는 경우

146) 김성돈(c), “속인주의와 형법 제3조의 재음미”, 성균관법학 제17권 제2호, 2005, 354-362면.

원칙적으로는 실행행위지가 미국이고 속인주의에도 해당되지 않으므로 결국 우리 형법을 적용할 수 없다.

그러나 보호주의 규정인 형법 제6조에 의하여 미국에서도 명예훼손죄를 처벌한다면 우리 형법으로 처벌할 수 있다. 그런데 앞서 살펴본 바와 같이 미국에서는 표현내용이 진실인 경우 명예훼손죄가 성립하지 않고 허위라도 주마다 처벌여부가 상이하므로 이러한 점이 고려될 것이다.

이러한 경우 행위개념 또는 결과지 개념을 확장해서 우리 형법의 적용범위를 확대하는 방향으로 해석하는 견해가 있다. 먼저 실행행위지는 행위 당시 행위자가 소재하고 있던 장소 뿐만 아니라 행위자가 의도적으로 자신의 통제 하에 자료를 저장하는 서버의 소재지까지로 확장하여 범죄지로 본다는 입장이 있다.¹⁴⁷⁾ 따라서 외국인이 외국에서 우리나라에 서버가 있는 웹사이트에 명예훼손성 글을 게시하는 경우 우리 형법을 적용할 수 있게 된다. 그런데 이 경우 그 외국인이 국적을 둔 국가나 거주하는 국가에서는 처벌하지 않는 행위를 처벌하는 상황이 생길 수 있고 이는 자신의 행위가 범죄가 아니라고 믿은 신뢰의 원칙에 반한다. 또한 인터넷의 특성상 서버의 소재지를 불문하고 다양한 국가의 사람들이 해당 웹사이트를 접속하여 표현물을 접할 수 있다는 점에서 서버의 소재지까지 확장하여 범죄지로 볼 특별한 이유가 없다.

한편 결과발생지에 추상적 위험범의 경우 구성요건적 결과 발생의 위험이 실현될 가능성이 있는 장소도 포함된다는 견해가 있다.¹⁴⁸⁾ 그러나 이 견해에 의하면 인터넷을 이용한 범죄의 경우 해당 웹사이트에 접속할 수 있는 모든 국가가 결과발생의 위험이 실현될 가능성이 있는 장소로 그 국가들 모두가 자국의 형법을 적용할 수 있다는 점에서 부당한 결과가 초래될 수

147) 원형식, “사이버 공간에 있어서 우리나라 형법의 적용범위”, 인터넷법률 제10호, 법무부, 2002, 49-50면.

148) Collardin, Strfataten im Internet, CR 1995, 620.(전지연(주135), 104면 재인용).

있으므로 가해자가 특별히 해당 국가에 영향을 끼치려는 의도가 인정되어야 그 해당국의 형법을 적용할 수 있다고 설명한다. 따라서 이 견해에 의하면 외국에서 외국인이 외국에 서버가 있는 웹사이트에 표현물을 적시하더라도 그것이 한글사이트로 운영되는 경우와 같이 특별히 우리나라에 영향을 끼치려는 의도가 인정된다면 우리 형법을 적용할 수 있다. 그러나 영향을 끼치려는 의도의 의미 자체가 명확하지 않아 개별 사안에서 판단하기 어려우며, 전술한 바와 같이 외국인이 국적을 둔 국가나 거주하는 국가에서는 처벌하지 않는 행위를 처벌하는 상황이 생길 수 있고 이는 자신의 행위가 범죄가 아니라고 믿은 신뢰의 원칙에 반한다.

또한 결과발생지에 추상적 위험범의 경우 구성요건적 결과 발생의 위험이 실현될 가능성이 있는 장소도 포함시키면서 한편 위험실현이 가능한 장소의 형법을 적용하기 위하여는 해당 범죄가 살인, 상해 등과 같이 어느 국가에서나 보편적으로 처벌하는 범의침해 행위여야 한다는 견해도 있다.¹⁴⁹⁾

생각건대, 일정 범죄가 발생한 장소에 대하여는 그 장소가 소재한 국가의 주권이 미치게 하는 속지주의의 근본원리를 고려할 때, 범죄의 종류가 결과범이건 위험범이건 상관 없이 일률적으로 해당 범죄의 구성요건에 해당하는 사실이 발생한 장소가 범죄지이고 속지주의의 대상이라고 해석하는 것이 타당하다. 따라서 사이버 명예훼손의 경우 인터넷이라는 매체의 특성상 위험발생의 공간이 전세계적으로 확장되는 것과 상관 없이 표현행위 즉 명예훼손적 사실을 적시한 사람의 소재지 관할 국가의 형법을 적용하는 것이 타당하다. 다만, 형법 제6조에 의하여 외국인이 외국에서 범한 사이버 명예훼손이라도 피해자가 우리 국민인 경우 쌍발 가벌주의에 의하여 그 외국인의 소재지 국가 형법에 의하여 범죄가 되는 경우에 우리 형법을 적용하여 처벌하는 것이 자국민 보호와 신뢰의 원칙 및 국제 법질서의 안정을 조화

149) 전지연, 앞의 논문(주140), 108-109면.

롭게 도모하는 방향이라고 생각된다.

물론 이 견해에 의하면 일정 국가가 특정 범죄에 대하여 처벌하지 않는 것을 익히 알고 이를 악용하는 지능적인 범죄자를 처벌하지 못하는 결과를 초래할 수도 있겠으나 이러한 일부의 범죄자를 차단하기 위한 목적으로 형법의 장소적 적용범위를 지나치게 확장하는 것은 법적 안정성 및 타당성에 반한다고 생각된다.

제4절 인터넷 서비스 제공자의 형사책임

1. 서설

인터넷서비스 제공자(Internet Service Provider, 약칭 ISP)는 개인이나 기업에게 인터넷 접속 서비스, 웹 사이트 구축 등을 제공하는 자를 의미한다.¹⁵⁰⁾ 우리나라의 경우 네이버, 다음 등과 같은 대형 인터넷 포털업체 등이 대표적인 인터넷서비스 제공자라 할 수 있다.

사이버 공간에서 명예훼손성 표현물을 적시한 경우 그 표현물을 적시한 사람은 당연히 명예훼손죄의 책임을 진다. 그런데 위 사람이 표현물을 적시할 수 있도록 공간을 만들어 준 인터넷서비스 제공자의 경우도 명예훼손의 피해에 대한 형사책임을 져야 하는지가 문제된다. 예를 들어 A가 네이버 포털의 게시판에 명예훼손성 글을 게재한 경우 네이버도 A의 행위에 대하여 형사책임을 지도록 하는 것이 타당한가의 문제이다. 인터넷서비스 제공자는 단지 여러 사람들이 자유로운 의사소통을 할 수 있도록 표현물을 게

150) 비슷한 의미를 나타내는 표현으로 온라인서비스 제공자, 정보통신서비스 제공자 등 용어가 통일되어 있지는 않은 상황으로 본 논문에서는 인터넷서비스 제공자로 칭하기로 함.

제할 수 있는 공간만을 제공한 것에 불과한 것인데 이용자 중 특정인의 범죄행위에 대하여 형사책임을 지우는 것은 자기책임의 원칙에 반하는 것이라고 생각될 수도 있다. 또한 인터넷서비스 제공자에게 형사책임을 부과할 경우 인터넷서비스 제공자는 처벌을 받지 않기 위하여 이용자들의 표현행위에 대하여 과도하게 검열 및 규제를 함으로써 표현의 자유 및 알권리가 침해되는 결과가 발생할 수도 있다.

그러나 유아들도 인터넷을 사용할 정도로 인터넷이 전국민의 표현매체가 된 현재 인터넷서비스 제공자인 네이버, 다음 등 인터넷 포털업체들이 막대한 수입을 거두어들이며 점유하고 있는 경제적, 사회적 영향력을 고려할 때 자신의 사업 공간에서 발생하는 범죄에 대하여 어느 정도의 형사책임을 부과하는 것이 자기책임의 원칙에 반한다고 보여지지 않는다. 더구나 대다수의 인터넷서비스 제공자들은 불법적인 게재물을 검열하여 삭제할 수 있는 기술적 능력을 보유하고 있다. 또한 형사정책적 측면에서도 사이버 공간의 익명성 때문에 명예훼손적 표현을 한 가해자의 신원을 파악하기 어려워 수사 및 기소에 난점이 있음을 고려할 때 인터넷서비스 제공자에게 형사책임을 부과해야 할 실효성이 존재한다.

한편 그렇다면 인터넷서비스 제공자의 민사상 손해배상 책임만을 지도록 하면 되지 형사처벌까지 하는 것은 가혹하지 않냐는 반론이 있을 수 있으나 전술한 바와 같이 사이버 명예훼손의 피해의 심각성과 중대성을 고려할 때 민사상 손해배상만으로는 피해자의 피해를 구제하기 어렵고 인터넷서비스 제공자에게 불법게시물에 대한 안일한 방치를 하지 못하도록 하는 큰 동기를 부여하기는 어렵다고 판단된다.

결국 인터넷서비스 제공자의 형사책임을 인정하되, 어떠한 요건 하에 어느 정도 수준까지 처벌을 할 것인지가 문제인바, 외국의 입법례 및 현행법의 구성을 살펴보고 바람직한 방향을 검토하고자 한다.

2. 외국의 입법례

(1) 미국

가. 통신품위법의 제정

미국은 1996년 제정된 통신품위법(Communication Decency Act, 약칭 CDA)¹⁵¹⁾에 인터넷서비스 제공자의 책임과 관련된 조항을 두고 있다.

그런데 이 법 제230조 제C항은 인터넷서비스 제공자에게 광범위한 면책을 부여하여 ‘선한 사마리아인 조항’이라고 불려진다. 제1호¹⁵²⁾에 의하면 쌍방향 컴퓨터 서비스 제공자나 이용자는 다른 콘텐츠 제공자가 제공한 정보에 대하여 그 발행자 또는 발언자적 입장에 있는 것으로 취급되지 아니한다는 규정이 있다. 즉 인터넷 서비스 제공자는 제3자의 표현물을 단지 전달한 것에 불과하므로 광범위하게 면책 규정을 두고 있는 것이다. 그리고 제2호¹⁵³⁾에 의하면, 쌍방향의 컴퓨터서비스 제공자 또는 이용자는 음란하거나

151) 1996년 Telecommunication Act(통신법)의 section 502로 통과되었으며 통신품위법이라고 번역한다.

152) 47 U.S.C. §230

(c) Protection for “Good Samaritan” blocking and screening of offensive material

(1) Treatment of publisher or speaker

No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider.

153) 47 U.S.C. §230

(c) Protection for “Good Samaritan” blocking and screening of offensive material

(2) Civil liability

No provider or user of an interactive computer service shall be held liable on account of -

(A) any action voluntarily taken in good faith to restrict access to or availability of material that the provider or user considers to be obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable, whether or not such material is constitutionally protected.

(B) any action taken to enable or make available to information content providers or others the technical means to restrict access to material described in paragraph

외설적인 정보, 선정적이거나 비속한 정보 또는 과도한 폭력성을 내포하거나 타인을 괴롭히는 내용의 정보 기타 문제 있는 정보에의 접근을 제한하기 위하여 선의를 가지고 행한 자발적인 조치를 이유로 법적 책임을 지지 않고 또한 정보콘텐츠제공자 또는 제3자로 하여금 위와 같은 자료에의 접근을 제한하기 위한 기술적 수단을 가능케 하기 위한 조치를 이유로 책임 지지 아니한다고 규정하고 있다.

이에 대하여 미국의회가 인터넷서비스 제공자에게 광범위한 면책을 줌으로써 자신이 제공하는 정보에 대하여 자율적으로 규제하고 감시할 수 있는 권한을 부여한 것이라고 해석한다.¹⁵⁴⁾

나. 통신품위법 제정 전 판례의 태도

영미 보통법은 전통적으로 명예훼손에 있어서 편집적 통제를 통하여 콘텐츠에 대해 책임을 지는 발행인(publisher)과 통제를 할 수 없어 책임을 지지 않는 배포자(distributor)를 구별하는 입장을 취하여 왔다.

발행인은 편집·출판을 하는 과정에서 출판내용에 대한 편집을 통한 통제권을 행사할 수 있기 때문에 발행하는 내용에 관하여 저자와 동일한 책임을 진다. 그런데 서점·도서관·가판대 등을 통하여 제3자의 발행물을 배포하는 배포자의 경우에는 자신이 배포하는 발행물에 명예훼손적 내용이 있다는 것을 알았거나(know) 알아야 할 이유가 있었던(had reason to know) 때에 한하여 피해자에 대하여 책임을 진다.

법원은 1996년 통신품위법 제정 이전까지 이러한 법리를 인터넷 서비스

(1).

154) Jennifer Meredith Liebman, "DEFAMED BY A BLOGGER: LEGAL PROTECTIONS, SELF-REGULATION AND OTHER FAILURES", U.IL.J.L.Tech&Pol'y.(University of Illinois Journal of Law, Technology and Policy)343, 2006, 348면.

제공자에 대하여도 동일하게 적용하였다. 따라서 인터넷서비스제공자가 명예훼손적 내용의 전파에 대하여 발행인으로 역할을 했다면 전적인 책임을 지지만 단순한 배포자로서 역할을 한 경우에는 그 내용을 알거나 알 이유가 있는 경우에 한하여 책임이 부과되었다.¹⁵⁵⁾

대표적인 판례로 우선 인터넷서비스 제공자인 Prodigy에게 발행인으로서 책임을 인정한 사안¹⁵⁶⁾이 있다. 사실관계를 보면, Prodigy는 증권, 투자, 재정 문제에 관한 토론을 할 수 있는 'MoneyTalk'라는 금융 관련 전자게시판을 운영하였는데 이 게시판에 익명의 이용자가 "Stratton사는 중대한 사기범죄를 저질렀고 사장이 곧 범인으로 밝혀질 것이다"라는 취지의 내용을 게재하여 명예훼손으로 인한 손해배상이 청구된 사안이었다. 법원은 Prodigy가 부적절한 내용의 게시물을 검열함으로써 게시판을 편집·통제할 수 있는 권한을 갖고 있기 때문에 발행인으로서 명예훼손의 책임이 충분히 인정할 수 있다고 판단하였다. 즉 Prodigy가 가입회원들에게 전자게시판에 게재된 내용을 확인하고 필요한 경우에는 편집권을 행사한다고 선전한 점, Prodigy가 내용의 가이드라인을 정하여 두고 실제로 가입자들이 게재한 내용 중에서 유해한 내용의 단어나 문구가 있는 자료들을 스크린 하는 프로그램을 사용하는 등 기술과 인력을 활용하여 가입자들의 내용을 실제로 모니터링한 점, 그와 같은 행위를 통하여 편집권을 행사함으로써 실질적으로 게시판의 내용을 결정한 점¹⁵⁷⁾ 등을 이유로 Prodigy를 발행인으로서 인정하고 전통적인 명예훼손 법리에 따라 명예훼손 책임을 인정한 것이다.

한편 인터넷서비스 제공자인 CompuServe에 대하여 배포자로 판단하여 명예훼손 책임을 부정한 판례¹⁵⁸⁾가 있다. 사실관계를 보면, 인터넷서비스 제공

155) Jennifer Meredith Liebman(주148), 347면.

156) Stratton Oakmont Inc. v. Prodigy Services Co., 23 Media L. Rep. 1794(1995).

157) 한봉조, "정보화사회의 법률문제와 정보보호", 한국정보법학회 제3회 세미나발표자료, 1996, 171면.

158) Cubby, Inc. v. CompuServe Inc., 776 F. Supp. 135 (S.D.N.Y. 1991).

자인 Compuserve는 전자게시판, 온라인 공개포럼 등의 서비스를 제공하고 있었는데, 전자게시판에 “은행업을 하는 Cubby에서 시도하는 판매 사업은 신중 사기이다.” 라는 명예훼손적인 글이 게재되어 명예훼손으로 인한 손해배상이 청구된 사안이었다. Compuserve는 위 전자게시판 운영 및 편집권한을 CCI(Cameron Communications Inc.)에게 위탁한 상황이었다. Compuserve는 자신들은 단순한 정보의 배포자에 불과하고 발행자가 아니며, 그러한 명예훼손적 내용의 게재 여부에 대해서는 이를 알지 못했고 알아야 할 이유도 없었다고 항변하였다. 법원은 Compuserve가 게시글에 관하여 편집을 통한 통제권을 가지고 있지 않아 게시물 하나하나의 내용에 관하여 명예훼손에 해당하는지 여부를 조사할 수 없어 단순한 배포자에 불과하고, 특별히 명예훼손적 내용의 게재 여부에 대해서 알았거나 알아야 할 이유가 있었다고 보기 어려우므로 책임을 인정할 수 없다고 판시하였다.

그런데 이와 같이 법원이 인터넷서비스 제공자의 책임을 인정하거나 부정한 논리에 의하면, 결론적으로 명예훼손성 게시물이 유포되는 것을 방지하기 위하여 가능한 한 모니터링을 하려고 노력한 양심적인 인터넷서비스 제공자일수록 무거운 법적 책임을 부담하게 되는 불합리한 결과를 야기하였고, 따라서 인터넷서비스 제공자가 법적 책임을 지지 않기 위해서는 게시물에 대하여 무관심할 것을 조장한다는 비난을 받게 되었다.¹⁵⁹⁾

다. 통신망위법 제정 후 판례의 태도

법원의 발행인-배포자 기준 적용에 따른 불합리한 결과를 시정하기 위하여 1996년 제정된 통신망위법에 전술한 바와 같이 ‘선한 사마리아인 조항’인 법 제230조 제C항이 규정되었다. 따라서 기존에는 편집적 통제권한을

159) 황태정, “정보통신서비스제공자의 책임자에 관한 비교법적 고찰”, 인터넷법률 통권 제28호, 법무부, 2005. 3. 29면.

가지고 있어 ‘발행인’으로서 취급되어 무조건 법적 책임을 부담할 수 있는 인터넷서비스 제공자들도 완전히 면책되게 되었다.

또한, 위 조항에 의하여 인터넷서비스 제공자가 명예훼손성 정보에의 접근을 제한하기 위하여 선의를 가지고 행한 자발적인 조치를 이유로 법적 책임을 지지 않게 되어 인터넷서비스 제공자의 자율적인 모니터링 및 규제를 촉진할 수 있는 법적 환경을 조성하였다.

대표적인 판례는 America On-line 사안¹⁶⁰⁾이다. 사실관계를 보면, 인터넷서비스 제공자인 America On-line(약칭 AOL)이 운영하는 게시판에 ‘Naughty Oklahoma T-Shirts’ 광고가 게재되었는데 이것은 오클라호마시에서 발생한 연방정부 건물 폭파 사건을 기념하고 폭파 혐의자를 칭송하는 내용의 슬로건이 적힌 티셔츠를 판매한다는 것이었고, 이 광고와 함께 ‘Ken’이라는 판매자 이름과 연락처가 기재되었다. 그런데 그 연락처는 Zeran이라는 사람의 집 전화번호로, 광고를 본 분노한 많은 사람들이 Zeran에게 전화를 하여 살해를 위협하였다. 이에 Zeran은 이를 AOL에 알리고 그 광고를 삭제하여 줄 것을 요청하였고 AOL은 이를 받아들여 다음날 광고를 삭제하였다. 하지만 광고물은 다시 게시되었고 Zeran은 계속적인 협박전화에 시달려야 했다. Zeran은 다시 AOL에 광고 삭제와 더불어 광고를 게재한 인터넷서비스 계정을 삭제하여 줄 것을 요청하였으나 AOL은 광고는 삭제하겠으나 회사의 정책상 계정을 폐쇄할 수 없다고 통지하였다. 이에 Zeran은 AOL이 명예훼손 자료라는 사실을 알면서 이를 배포한 것에 대하여 책임이 있다며 손해배상 소송을 제기하였다. 원고인 Zeran은 통신품위법 제230조 제C항은 인터넷서비스 제공자에게 발행자의 책임을 면제하는 것이지 배포자로서의 책임을 면제한다는 명문규정이 없으므로 AOL은 배포자로서의 책임을 져야 한다고 주장하였다.

160) Keneath M. Zeran v. America On-Line Inc., 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997).

이에 대하여 법원은 위 법 제230조 제C항의 입법취지가 미국 수정헌법 제1조에 입각하여 첫째, 인터넷상에서 표현의 자유를 확보하고 둘째, 인터넷 서비스 제공자 스스로에 의한 정보의 자율 규제를 촉진하는 것이라고 하면서, 만일 인터넷서비스 제공자에게 배포자로서의 책임은 추궁될 수 있다고 한다면 명예훼손 표현이 있다는 통지를 받은 인터넷서비스 제공자는 책임을 회피하기 위하여 문제가 된 표현을 즉시 삭제할 가능성이 많아 언론의 자유로운 유통이 저해될 우려가 있고 따라서 통신품위법 제230조에 의하여 발행자로서 뿐만 아니라 배포자로서도 책임을 지지 않는다고 해석하는 것이 타당하다고 설시하였다.

그러나 이러한 판례의 태도에 대하여 미국 학계에서는, 인터넷서비스 제공자의 면책을 지나치게 확대하여 명예훼손의 피해자에 대한 아무런 구제책을 마련하지 못하므로 통신품위법 제230조 제C항의 문언 그대로 해석하고 기존 명예훼손 법리를 좇아 발행인으로서의 책임은 인정하지 않으나 배포자로서 만일 명예훼손 사실을 알았거나 알 이유가 있다면 책임을 지도록 하는 것이 타당하다는 의견이 유력해지고 있다.¹⁶¹⁾

(2) 독일

독일도 미국과 마찬가지로 인터넷서비스 제공자의 법적 책임과 관련하여 1997년 제정한 정보·통신서비스법(Informations-und Kommunikationsdienste Gesetz : IuKDG)¹⁶²⁾에서 별도로 규율하고 있다. 이 법 제5조 제1항에서 “서비스제공자는 이용에 제공한 자신의 콘텐츠에 대해서는 일반법에 따른 책임을 진다.” 라고 규정하고, 제2항에서는 “서비스제공자는 이용에 제공한 콘

161) Michael L. Rustad, Thomas H. Koenig, “REBOOTING CYBERTORT LAW”, 80 Wash .L. Rev.(2005) 335, 362면 및 382면.

162) 멀티미디어법이라고도 불리고, 2001. 12. 개정되면서 제5조의 인터넷서비스 제공자의 책임내용이 보다 구체화되었으나 기본적인 내용은 동일하게 유지됨.

텐츠를 인식하고 그 이용을 차단하는 것이 기술적으로 가능하고 기대 가능한 경우에만 책임이 있다.”라고 규정하며, 제3항에서는 “서비스제공자가 타인의 내용의 이용을 위한 단순한 접속을 제공하는 경우에는 타인의 콘텐츠에 대해서는 책임이 없다. 이용자의 요청에 의해 타인의 콘텐츠를 일시적·자동적으로 저장하는 것은 접속제공으로 본다.”라고 규정하여 인터넷서비스 제공자의 책임에 관한 기본적인 내용을 규율하고 있다.¹⁶³⁾ 제1항은 서비스제공자 스스로가 정보를 제공하였다면 그에 대하여는 완전한 자기책임을 짐을 의율하고 있다. 그러나 서비스제공자가 타인이 제공하는 콘텐츠를 이용자들이 이용할 수 있도록 한 것이라면 제2항 및 제3항에 의하여 단순히 접속만을 제공하지 않는 경우에 한하여, 제공된 콘텐츠의 내용을 알았고 그 이용을 차단하는 것이 기술적으로 가능하고 합리적으로 기대할 수 있는 경우에만 법적 책임을 진다는 것이다.

정보·통신서비스법 제5조와 관련된 판례로, 명예훼손에 관한 것은 아니지만 인터넷서비스 제공자의 형사책임과 관련된 사안이 있어 소개하고자 한다.

이 사건은 CompuServe Deutschland가 음란물 및 정보유통 방조범으로 기소된 사안이다. 미국 Compuserve 본사의 서버에 여러 차례에 걸쳐서 아동 포르노그래피들이 게시되어 유통되었고 이에 독일 검찰은 Compuserve Deutschland에게 접속중개를 차단해 줄 것을 요청하였는데 Compuserve 미국 본사는 필터링 소프트웨어만을 설치하고 차단 조치를 하지 않았다. 하지만 그 필터링 소프트웨어가 불완전하여 여전히 Compuserve 독일지사의 서비스를 통하여 아동 포르노그래피 등에 대한 접근이 가능하였고 결국 독일 검찰은 Compuserve Deutschland가 기대되는 적절한 기술적 조치를 취하여 범죄정보의 전달을 사전에 차단하지 않음으로써 아동 포르노그래피, 폭력

163) 이종영, “독일 멀티미디어법”, 법제(9월호), 법제처, 1998, 103-104면.

및 동물 포르노그래피의 유포를 방조하였다는 범죄사실로 기소하였다. 1심 법원은 피고인이 수사기관으로부터 포르노그래피의 유포에 대해 경고를 받은 이후에는 그에 대한 인식이 있었고, 음란물들을 기술적으로 차단할 수 있었으며, 그러한 조치를 합리적으로 기대할 수 있다고 보아 책임을 인정하여 징역 2년 및 집행유예를 선고하였다.¹⁶⁴⁾

그러나 항소심에서 피고인은 미국에 있는 Compuserve 본사에 종속되어 있어 공동정범성이 부정되고, 부작위범 성립과 관련하여 피고인이 Compuserve 미국 본사에 영향력을 행사할 수 없고 단순 접속매개자에 불과하여 기술적으로 독일지사에서 접속중개를 차단할 수 없다는 점에서 부작위와 결과 사이에 인과관계를 인정할 수 없으며, 음란물 유포 사실을 인식하였으나 이를 의도하였다는 점이 입증되지 않아 고의를 인정할 수 없다는 이유로 무죄가 선고, 확정되었다.¹⁶⁵⁾

(3) 일본

일본도 인터넷서비스 제공자의 법적 책임과 관련하여 2002년 제정된 ‘특정 전기통신서비스 제공자의 손해배상 책임의 제한 및 발신자정보 개시에 관한 법률’에서 별도로 규율하고 있다. 이 법 제3조 제1항에 의하면, 인터넷서비스 제공자의 손해배상책임 요건으로서 첫째, 타인의 권리를 침해한 정보를 불특정인에게 송신하는 것을 방지하는 기술적 조치가 가능하고 둘째, 정보의 유통으로 타인의 권리가 침해되고 있음을 알고 있거나, 정보의 유통만을 알고 있는 경우라면 그 유통으로 인하여 타인의 권리가 침해되고 있음을 알 수 있었다고 인정되는 상당한 이유가 있는 때이다.¹⁶⁶⁾ 즉

164) AG München, Urt. v. 28.5.1998, 8340 Ds 465 Js 173158/95, NJW 51(1998), 2836.

165) OLG München, Urt. v. 17.11.1999, 20 Ns 465 Js 173158/95, NJW 53(2000), 1051.

166) 황태정, 앞의 논문(주159), 50-51면.

인터넷서비스 제공자의 표현물에 대한 인지가능성 및 기술적 기대가능성을 이유로 민사법적 책임을 인정하는 것이다.

그리고 같은 법 제3조 제2항에서는 인터넷서비스 제공자가 타인의 권리를 침해할 수 있는 정보의 송신을 방지하는 조치를 위한 경우 발신자의 손해에 대하여 면책받을 수 있는 요건을 규정하고 있다. 즉 특정 정보의 유통에 의해 타인의 권리가 부당하게 침해되고 있다고 믿을만한 상당한 이유가 있는 경우이거나 정보의 유통에 의해 권리를 침해당한 자로부터 권리를 침해한 정보, 침해된 권리 및 권리가 침해된 이유를 제시하여 침해정보의 송신을 방지하는 조치를 강구할 것을 요구하는 신청에 있어, 인터넷서비스 제공자가 침해정보의 발신자에 대해 침해정보 등을 제시하여 송신방지조치에 대한 동의여부를 조회하였으나 발신자가 조회를 받은 날로부터 7일 이내에 송신방지조치에 대한 이의를 제기하지 않은 경우에는 면책받을 수 있도록 하고 있다.

(4) 소결

세 국가 모두 정보통신망과 관련된 법률에서 인터넷서비스 제공자의 법적 책임에 대하여 규정하고 있고, 그 책임을 인정하는 요건의 공통점을 찾을 수 있다. 즉 인터넷서비스 제공자의 법적 책임을 인정하기 위하여는 인터넷서비스 제공자가 문제된 표현물을 인식하였는지 여부 및 그 표현물에 대한 차단이 기술적으로 가능하고 합리적으로 기대할 수 있는지 여부를 고려하여야 하고 이러한 요건을 충족시킴에도 불구하고 인터넷서비스 제공자가 아무런 조치를 하지 않았을 경우 법적 책임을 인정하고 있고 이는 피해자의 법익과 인터넷서비스 제공자의 법익을 조화롭게 보장하는 점점으로서 타당하다고 생각된다.

그리고 이러한 원리는 우리나라에서 인터넷서비스 제공자의 사이버 명예 훼손죄에 대한 형사책임을 인정하는 기준을 설정함에 있어서 참고할만하다고 생각된다.

3. 현행법의 구성

정통망법에는 아래와 같이 정보통신서비스 제공자의 책임과 권한을 규정하고 있다. 정통망법 제2조 제1항 제3호에 의하면 전기통신사업법이 정하는 전기통신사업자¹⁶⁷⁾와 영리를 목적으로 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 자를 정보통신서비스 제공자라고 정의하는데, 인터넷서비스 제공자도 여기에 포함될 수 있다.

그런데 미국, 독일, 일본과 같이 인터넷서비스 제공자의 법적 책임과 관련된 명확한 규정은 존재하지 않는다.

167) 전기통신사업법 제2조 제8호에 의하면 “전기통신사업자란 이 법에 따른 허가를 받거나 등록 또는 신고를 하고 전기통신역무를 제공하는 자를 말한다”라고 규정하고 있고, 또한 같은 법 제2조 제6호에 의하면 “전기통신역무란 전기통신설비를 이용하여 타인의 통신을 매개하거나 전기통신설비를 타인의 통신용으로 제공하는 것을 말한다”라고 규정하고 있음.

제3조(정보통신서비스 제공자 및 이용자의 책무) ① 정보통신서비스 제공자는 이용자의 개인정보를 보호하고 건전하고 안전한 정보통신서비스를 제공하여 이용자의 권익보호와 정보이용능력의 향상에 이바지하여야 한다.

② 이용자는 건전한 정보사회가 정착되도록 노력하여야 한다.

제44조(정보통신망에서의 권리보호) ① 이용자는 사생활 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해하는 정보를 정보통신망에 유통시켜서는 아니 된다.

② 정보통신서비스 제공자는 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 제1항에 따른 정보가 유통되지 아니하도록 노력하여야 한다.

제44조의2(정보의 삭제요청 등) ① 정보통신망을 통하여 일반에게 공개를 목적으로 제공된 정보로 사생활 침해나 명예훼손 등 타인의 권리가 침해된 경우 그 침해를 받은 자는 해당 정보를 처리한 정보통신서비스 제공자에게 침해사실을 소명하여 그 정보의 삭제 또는 반박내용의 게재(이하 "삭제등"이라 한다)를 요청할 수 있다.

② 정보통신서비스 제공자는 제1항에 따른 해당 정보의 삭제등을 요청받으면 지체 없이 삭제·임시조치 등의 필요한 조치를 하고 즉시 신청인 및 정보게재자에게 알려야 한다. 이 경우 정보통신서비스 제공자는 필요한 조치를 한 사실을 해당 게시판에 공시하는 등의 방법으로 이용자가 알 수 있도록 하여야 한다.

④ 정보통신서비스 제공자는 제1항에 따른 정보의 삭제요청에도 불구하고 권리의 침해 여부를 판단하기 어렵거나 이해당사자 간에 다툼이 예상되는 경우에는 해당 정보에 대한 접근을 임시적으로 차단하는 조치(이하 "임시조치"라 한다)를 할 수 있다. 이 경우 임시조치의 기간은 30일 이내로 한다.

⑤ 정보통신서비스 제공자는 필요한 조치에 관한 내용·절차 등을 미리 약관에 구체적으로 밝혀야 한다.

⑥ 정보통신서비스 제공자는 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 유통되는 정보에 대하여 제2항에 따른 필요한 조치를 하면 이로 인한 배상책임을 줄이거나 면제받을 수 있다.

제44조의3(임의의 임시조치) ① 정보통신서비스 제공자는 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 유통되는 정보가 사생활 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해한다고 인정되면 임의로 임시조치를 할 수 있다.

② 제1항에 따른 임시조치에 관하여는 제44조의2 제2항 후단, 제4항 후단 및 제5항을 준용한다

제44조의4(자율규제) ① 정보통신서비스 제공자단체는 이용자를 보호하고 안전하며 신뢰할 수 있는 정보통신서비스를 제공하기 위하여 정보통신서비스 제공자 행동강령을 정하여 시행할 수 있다.

② 정보통신서비스 제공자단체는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보가 정보통신망에 유통되지 아니하도록 모니터링 등 자율규제 가이드라인을 정하여 시행할 수 있다.

1. 청소년유해정보
2. 제44조의7에 따른 불법정보

③ 정부는 제1항 및 제2항에 따른 정보통신서비스 제공자단체의 자율규제를 위한 활동을 지원할 수 있다.

제44조의7(불법정보의 유통금지 등) ① 누구든지 정보통신망을 통하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보를 유통하여서는 아니 된다.

2. 사람을 비방할 목적으로 공공연하게 사실이나 거짓의 사실을 드러내어 타인의 명예를 훼손하는 내용의 정보

② 방송통신위원회는 제1항제1호부터 제6호까지, 제6호의2 및 제6호의3의 정보에 대하여는 심의위원회의 심의를 거쳐 정보통신서비스 제공자 또는 게시판 관리·운영자로 하여금 그 처리를 거부·정지 또는 제한하도록 명할 수 있다. 다만, 제1항제2호 및 제3호에 따른 정보의 경우에는 해당 정보로 인하여 피해를 받은 자가 구체적으로 밝힌 의사에 반하여 그 처리의 거부·정지 또는 제한을 명할 수 없다.

제73조 (벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

5. 제44조의7 제2항 및 제3항에 따른 방송통신위원회의 명령을 이행하지 아니한 자

위 법에 따르면 인터넷서비스 제공자는 명예훼손성 표현물이 유통되지 않도록 노력해야 할 의무가 있으나 표현물의 유통되었다고 하여 이에 대한 처벌규정은 없다. 또한 인터넷서비스 제공자는 명예훼손성 표현물의 피해자

가 게재글의 삭제를 요구할 경우 삭제, 임시조치를 취해야 할 의무가 있느냐¹⁶⁸⁾ 그러한 의무를 이행하지 않았다고 해서 그에 대한 처벌규정은 없다. 다만 위 조치를 취한 경우 추후 피해자에 대한 손해배상 책임을 감면받을 수 있다. 그리고 인터넷서비스 제공자는 명예훼손성 표현물의 피해자의 삭제 요청이 없다 하더라도 스스로 판단하여 삭제, 임시조치를 할 수 있고, 자율적으로 명예훼손성 표현물 등 불법정보를 모니터링 등 할 수 있는데 이는 권한일 뿐 의무는 아니다.

인터넷서비스 제공자를 형사처벌할 수 있는 유일한 근거 규정은 위 법 제 73조 제5호, 제44조의7 제2항으로, 방송통신심의위원회는 심의를 거쳐 명예훼손성 표현물로 판단한 정보에 대하여는 피해자의 의사에 반하지 않는 한 인터넷서비스 제공자에게 처리를 거부, 정지, 제한하도록 명령할 수 있는데 이를 이행하지 않는 경우 처벌할 수 있다.

따라서 방송통신심의위원회에서 명예훼손성 표현물로 의결하여 인터넷서비스 제공자에게 삭제 요청 등을 하지 않는 이상 게시글을 삭제하지 않은

168) 판례는 사전적 구제방법으로서 금지청구권의 일종인 명예훼손 가해자에 대한 피해자의 게재글 삭제청구권을 인정한다. 명예훼손 침해행위가 계속적으로 이루어지는 경우 이러한 사후적 구제조치만으로는 한계가 있기 때문에 사전적으로 금지청구를 할 수 있다면 효율적인 구제수단이 될 수 있다. 대법원 판례는 “명예는 생명, 신체와 함께 매우 중대한 보호법익이고 인격권으로서의 명예권은 물권의 경우와 마찬가지로 배타성을 가지는 권리라고 할 것이므로 사람의 품성, 덕행, 명성, 신용 등의 인격적 가치에 관하여 사회로부터 받는 객관적인 평가인 명예를 위법하게 침해당한자는 손해배상(민법 제751조) 또는 명예회복을 위한 처분(민법 제764조)을 구할 수 있는 이외에 인격권으로서 명예권에 기초하여 가해자에 대하여 현재 이루어지고 있는 침해행위를 배제하거나 장래에 생길 침해를 예방하기 위하여 침해행위의 금지를 구할 수도 있다”고 판시하여 인터넷에 명예훼손성 기사가 게재되어 지속적으로 검색가능한 상황에서 기사를 삭제해달라는 금지청구를 인정하였다.

또한 위 판례에 따르면, 명예훼손에 대한 금지청구권을 행사할 수 있는 요건으로, 첫째 표현내용이 진실이 아니거나 공공의 이해에 관한 사항이 아닐 것, 둘째 기사로 인해 원고의 명예가 중대하고 현저하게 침해받고 있는 상태일 것을 요구하고, 피고가 기사가 진실이라고 믿은 데 상당한 이유가 있었다는 등의 사정은 형사상 명예훼손죄나 민사상 손해배상책임을 부정할 수는 있으나 기사삭제를 구하는 방해배제청구권을 저지하는 사유는 될 수 없다고 판시하여 허위사실을 적시한 경우에는 가해자가 진실한 사실로 믿었는지, 그리고 그 믿음에 상당한 이유가 있는지 여부와 상관 없이 방해배제청구권을 행사할 수 있다고 하였다.

인터넷서비스 제공자에게 형사처벌을 부과할 수 있는 법적 근거가 없다.

4. 판례의 태도

(1) 서설

명예훼손성 표현물에 대한 인터넷서비스 제공자의 형사책임을 논한 대법원 판례는 아직까지 없고 다만 민사상 불법행위의 손해배상책임과 관련된 판례들이 존재한다. 민사책임과 형사책임을 범주가 동일하다고는 볼 수 없으나 명예훼손에 있어서 판례가 민형사 재판에서 법리를 동일하게 구성하고 있는 점을 고려할 때 민사 판례의 법리를 참고하여 인터넷서비스 제공자의 형사책임을 범주를 설정할 수 있을 것으로 사료된다.

판례¹⁶⁹⁾는 피씨(PC)통신 업체가 운영하는 전자게시판에 명예훼손성 표현물이 게시되어 위 업체를 상대로 손해배상이 청구된 사안에서, 전기통신사업자는 그 이용자에 의하여 타인의 명예를 훼손하는 글이 전자게시판에 올려진 것을 알았거나 알 수 있었던 경우에 이를 삭제하는 등의 적절한 조치를 취하여야 할 의무가 있고, 피고 회사로서는 원고와 정보통신윤리위원회의 시정조치요구에 따라 그러한 글들이 전자게시판에 게재된 것을 알았거나 알 수 있었음에도 불구하고, 무려 5,6개월 동안이나 이를 삭제하는 등 적절한 조치를 취하지 아니한 채 그대로 방치함으로써 원고로 하여금 정신적 고통을 겪게 하였을 것임은 경험칙상 명백하므로, 피고는 특별한 사정이 없는 한 원고에게 전자게시판 관리의무 위반행위로 인한 손해배상책임을 져야 한다고 판단하였다.

한편, 판례 중에는 인터넷서비스 제공자가 법적 책임을 지는 요건에 대하

169) 대법원 2001. 9. 7. 선고 2001다36801 판결.

여 위의 요건과 다른 요건을 제시한 판례¹⁷⁰⁾도 있다. 군청 홈페이지 게시판에 명예훼손성 표현물이 게시되어 위 군청을 상대로 손해배상이 청구된 사안에서, ” 인터넷상의 홈페이지 운영자가 자신이 관리하는 전자게시판에 타인의 명예를 훼손하는 내용이 게재된 것을 방치하였을 때 명예훼손으로 인한 손해배상책임을 지게하기 위하여는 그 운영자에게 그 게시물을 삭제할 의무가 있음에도 정당한 사유 없이 이를 이행하지 아니한 경우여야 하고, 특별한 사정이 없다면 단지 홈페이지 운영자가 제공하는 게시판에 다른 사람에 의하여 제3자의 명예를 훼손하는 글이 게시되고 그 운영자가 이를 알았거나 알 수 있었다는 사정만으로 항상 운영자가 그 글을 즉시 삭제할 의무를 지게 된다고 할 수는 없다 “고 판시하였다. 그리고 대신에 게시의 목적, 내용, 게시기간과 방법, 그로 인한 피해의 정도, 게시자와 피해자의 관계, 반론 또는 삭제 요구의 유무 등 게시에 관련한 쌍방의 대응태도, 당해 사이트의 성격 및 규모·영리 목적의 유무, 개방정도, 운영자가 게시물의 내용을 알았거나 알 수 있었던 시점, 삭제의 기술적·경제적 난이도 등을 종합하여 판단해야 한다고 판시하면서 피고 회사의 손해배상책임을 인정한 원심판결을 파기하였다. 위 2001다36801 판례 사안은 피고 회사가 피해자의 삭제요청이 있었음에도 불구하고 이후 약 6개월간 아무런 조치를 취하지 않았지만, 이 판례 사안은 피해자의 공식적인 삭제요청이 있자 곧바로 삭제하였다는 점에서 차이가 있다. 그러나 이 사안의 원심은 피해자가 공식적인 삭제 요청 이전에 이미 같은 게시판에 반박글을 게시하였고, 피고측이 문제된 명예훼손성 글이 게재되었음을 보고받는 등 게시물의 내용을 알았거나 알 수 있었다고 보여지는데 공식 삭제 요청이 있기 전까지 삭제하지 않은 것을 문제삼아 손해배상 책임을 인정한 것이다.

이후 판례는 전원합의체 판결¹⁷¹⁾을 통하여 인터넷서비스 제공자의 명예훼손

170) 대법원 2003. 6. 27. 선고 2002다72194 판결.

171) 대법원 2009. 4. 16. 선고 2008다53812 판결.

손성 표현물에 대한 법적책임의 요건을 명확히 하였다. 이는 우리나라 대형 인터넷 포털사이트인 네이버 및 다음에 명예훼손성 보도기사가 게재된 것에 대하여 위 포털사이트 회사를 상대로 불법행위의 손해배상 소송이 제기된 사안으로 아래에서 그 판시내용을 자세히 살펴보기로 한다.

(2) 다수의견

먼저 인터넷 종합 정보제공 사업자가 보도매체가 작성·보관하는 기사에 대한 인터넷 이용자의 검색·접근에 관한 창구 역할을 넘어서서, 보도매체로부터 기사를 전송받아 자신의 자료저장 컴퓨터 설비에 보관하면서 스스로 그 기사 가운데 일부를 선별하여 자신이 직접 관리하는 뉴스 게시공간에 게재하였고 그 게재된 기사가 타인의 명예를 훼손하는 내용을 담고 있다면, 이는 단순히 보도매체의 기사에 대한 검색·접근 기능을 제공하는 경우와는 달리 인터넷 종합 정보제공 사업자가 보도매체의 특정한 명예훼손적 기사 내용을 인식하고 이를 적극적으로 선택하여 전파한 행위에 해당하므로, 달리 특별한 사정이 없는 이상 위 사업자는 명예훼손적 기사를 보도한 보도매체와 마찬가지로 그로 인하여 명예가 훼손된 피해자에 대하여 불법행위로 인한 손해배상책임을 진다고 전제하였다.

그리고 명예훼손적 게시물이 게시된 목적, 내용, 게시 기간과 방법, 그로 인한 피해의 정도, 게시자와 피해자의 관계, 반론 또는 삭제 요구의 유무 등 게시에 관련한 쌍방의 대응태도 등에 비추어, 첫째 인터넷 종합 정보제공 사업자가 제공하는 인터넷 게시공간에 게시된 명예훼손적 게시물의 불법성이 명백하고, 둘째 위 사업자가 위와 같은 게시물로 인하여 명예를 훼손당한 피해자로부터 구체적·개별적인 게시물의 삭제 및 차단 요구를 받은 경우는 물론, 피해자로부터 직접적인 요구를 받지 않은 경우라 하더라도

그 게시물이 게시된 사정을 구체적으로 인식하고 있었거나 그 게시물의 존재를 인식할 수 있었음이 외관상 명백히 드러나며, 셋째 기술적, 경제적으로 그 게시물에 대한 관리·통제가 가능한 경우에는, 위 사업자에게 그 게시물을 삭제하고 향후 같은 인터넷 게시공간에 유사한 내용의 게시물이 게시되지 않도록 차단할 주의의무가 있고, 그 게시물 삭제 등의 처리를 위하여 필요한 상당한 기간이 지나도록 그 처리를 하지 아니함으로써 타인에게 손해가 발생한 경우에는 부작위에 의한 불법행위책임이 성립한다고 판시하였다.

(3) 별개의견

인터넷 종합 정보제공 사업자의 명예훼손 게시물에 대한 삭제의무는 특별한 사정이 없는 한 첫째 위 사업자가 피해자로부터 명예훼손의 내용이 담긴 게시물을 ‘구체적·개별적으로 특정’하여 ‘삭제하여 달라는 요구’를 받았고, 둘째 그 게시물에 명예훼손의 불법성이 ‘현존’하는 것을 ‘명백’히 인식하였으며, 셋째 그러한 삭제 등의 조치를 하는 것이 ‘기술적·경제적으로 가능’한 경우로 제한하는 것이 합리적이고 타당하다고 판시하였다.

따라서 인터넷 종합 정보제공 사업자가 명예훼손성 표현물의 존재를 인식한 것만으로는 삭제의무를 발생시킬 현존하는 위험이 없다고 판단하였다. 즉 인터넷 종합 정보제공 사업자는 그 서비스를 통해 인터넷 게시공간을 제공하는 위치에 있으므로 명예훼손 게시물로 인한 피해자에 대한 관계에서 그 게시물을 게시한 직접 가해자와는 별개의 제3자적 지위에 있기 때문에 인터넷 종합 정보제공 사업자에게 명예훼손 게시물을 삭제하는 등 피해구제를 위한 필요한 조치를 취하여야 한다고 요구하기까지 하려면, 그렇게

하지 않으면 안 될 ‘현존하는 위험’이 있어야 할 것인데, 이는 위 사업자가 가해자의 가해사실을 인식하였을 뿐만 아니라 피해자가 그 게시물에 대한 삭제 등의 조치를 바라는 등 피해자의 문제 제기가 있다는 사정까지 구체적으로 인식하게 되었을 때에 비로소 가능하다고 봄이 상당하다는 것이다. 피해자의 명시적인 삭제요구가 없어도 인터넷 종합 정보제공 사업자의 법적 책임을 인정한다면 사업자의 법적 지위가 불안정해질 수 밖에 없다는 것이다.

그리고 명예훼손죄를 반의사불벌죄 또는 친고죄로 규정하고 있는 현행법 체계를 고려해야 한다고 판단하였다. 즉 행위에 대한 처벌을 정하고 있는 형사법규들은 그 형사처벌 여부를 피해자의 의사에 맡긴다는 취지에서 예외 없이 그 죄를 이른바 친고죄 또는 반의사불벌죄로 규정하고 있으므로 이러한 형사법의 법정신을 인터넷 종합 정보제공 사업자의 경우에도 대응하여 본다면, 위 사업자가 자신이 제공한 인터넷 게시공간에서 아무리 불법성이 명백한 표현물이 게시되어 있는 것을 확인하였다고 하더라도 그에 대하여 피해자가 어떠한 조치를 원하는지 미처 확인되지도 않은 상황에서 위 사업자에게 삭제 등의 조치를 취하도록 강제할 수 있다고 할 것인지 의문이라는 것이다.

또한 인터넷 종합 정보제공 사업자가 게시물의 불법성을 인식할 수 있었던 경우 삭제의무를 인정하게 되면, 사업자는 손해배상책임을 면하기 위해서는 자신에게 과실이 없다는 것을 내세워야 할 것이고, 이를 위해서 게시물 등에 대한 관리 또는 감시에 나아갈 것이며, 이것은 결국 위 사업자에게 일반적·포괄적인 상시검열의무를 인정하는 것과 다를 바 없게 되어 인터넷상의 표현의 자유를 심각하게 제한하는 위축효과를 초래할 것이라고 판시하였다.

(4) 다수의견에 대한 보충의견

다수의견은 별개의견에 대하여 다음과 같이 보충의견으로 반박하였다.

인터넷 종합 정보제공 사업자의 법적 책임을 인정하기 위하여 별개의견이 제시하는 ‘명백하고 현존하는 위험’은 다수의견이 제시하고 있는 요건 중 명예훼손적 게시물의 불법성이 객관적으로 명백한 경우에 인정될 수 있는 것이지 이를 사업자가 주관적으로 인식해야 인정되는 것은 아니다. 또한 피해자의 삭제조치 요구에 따라 위험성의 존부가 달라진다고 할 수 없다. 또한 명예훼손죄에 있어서 피해자 처벌의사는 소송조건에 불과하지 범죄성립요건이 아니며 민사책임의 경우는 피해자의 처벌의사와 무관하게 인정될 수 있다.

그리고 명예훼손적인 표현물과 같이 헌법상 보호되지 않는 의사표현이 공개된 후에 이에 대하여 사후심사를 하거나 간섭하는 것은 헌법이 금지하고 있는 검열에 해당하지 않고, 인터넷 종합 정보제공 사업자가 갖추어야 할 객관적인 인식능력을 기준으로 불법 게시물의 존재를 인식할 수 있었음이 외관상 명백히 드러나는 때에 한하여 그 게시물의 존재를 구체적으로 인식한 경우와 마찬가지로 그 게시물에 대한 삭제 및 차단 의무를 지운다면, 별개의견이 우려하는 바와 같이 비례의 원칙에 반한다거나 인터넷 종합 정보제공 사업자가 인터넷 게시공간의 게시물들을 상시검열함으로써 인터넷상 표현의 자유를 위축시키는 결과가 초래될 것을 염려할 필요는 없을 것이고, 위 사업자에게 사실상 파악하기 어려운 게시물에 관한 과도한 책임을 지운다고 할 수도 없다. 실제 소송에서는, 피해자가 구체적·개별적인 게시물에 대한 삭제나 차단 요구를 하지 아니한 상태에서 인터넷 종합 정보제공 사업자가 불법 게시물의 존재를 구체적으로 인식하였거나 그 게시물의 존재를 인식할 수 있었음이 외관상 명백히 드러났다고 입증되기는 쉽지 않을

것이므로, 많은 경우에는 위 사업자가 피해자로부터 구체적·개별적인 게시물에 대한 삭제나 차단 요구를 받아 불법 게시물의 존재를 인식한 때부터 삭제 및 차단 의무가 인정될 것이며, 그 인식에 관한 사실이 입증된 일부 사안의 경우에 한하여 피해자의 삭제나 차단 요구가 없더라도 그에 관한 의무가 인정될 수 있을 것이다.

(5) 검토

인터넷서비스 제공자의 법적 책임을 어느 범위까지 인정할 것인가는 인터넷서비스 제공자가 직접 명예훼손성 표현물을 게시한 행위자는 아니라는 점, 그러나 한편 인터넷서비스 제공자는 명예권에 대한 중대한 침해를 야기할 수 있는 위험원인 사이버 공간을 운영하면서 막대한 수입을 올린다는 점 등에서 여러 가지 법익을 형량하여 신중하게 판단해야 한다.

다수의견과 별개의견의 상이한 부분은 바로 피해자가 인터넷서비스 제공자에게 삭제조치 등을 요구해야 법적 책임을 인정할 수 있는가이다.

피해자가 명시적으로 명예훼손의 피해를 호소하며 게시글의 삭제를 요구하지 않더라도 인터넷서비스 제공자 입장에서 명예훼손성 표현임이 분명한 게시글이 존재함을 알았다면 이를 삭제하는 등 조치를 취할 것을 의무를 부과하는 것이 타당하다고 생각된다. 또한 인터넷서비스 제공자가 여러 가지 정황을 고려할 때 조금만 주의를 기울였다면 당연히 알 수 있었던 상황에서 역시 모니터링 등 주의를 게을리하여 삭제 등 조치를 취하지 않은 경우에도 법적 책임을 묻는 것이 타당하다.

사이버 공간의 특성상 인터넷서비스 제공자의 보다 빠른 신속한 대처로 명예훼손성 표현물의 급속한 확산을 막을 수 있고 피해자의 피해 정도도 줄일 수 있다. 또한 인터넷서비스 제공자의 과실책임도 인정하는 것이 성실

한 모니터링 등을 유도하여 인터넷서비스 제공자가 건전한 사이버 공간을 적극적으로 조성하는데 기여할 수 있게 할 것이다.

다만 표현물이 과연 명예훼손에 해당하는지 불분명한 경우, 예를 들어 공익적 의도의 표현이거나 단순한 풍자, 은유적 표현 같은 경우에는 명예훼손적 표현임이 명백하다고 볼 수 없으므로 이러한 상황에서는 인터넷서비스 제공자가 설령 게시글을 알았다고 하더라도 법적 책임을 묻어서는 안된다.

따라서 다수의견이 제시하는 바와 같이 인터넷서비스 제공자의 법적 책임을 묻기 위한 요건으로 "명예훼손적 게시물의 불법성이 명백할 것"을 엄격히 요구한다면 다수의견에 따라 인터넷서비스 제공자의 법적 책임을 구성하는 것이 타당하다고 생각된다.

5. 일반적인 학계의 설명

우선적으로 인터넷서비스 제공자의 형사책임이 정범인지 공범인지를 판단한다. 정범과 공범의 구별기준에 대한 다수설과 판례의 태도인 행위지배설에 따르면 타인이 게시한 불법정보를 인식하였고 이를 제거할 가능성이 있다는 것만으로 실행지배를 인정할 수 없으므로 정범이 성립할 수 없고 공범인 방조범이 성립한다고 판단한다.¹⁷²⁾

다음 단계로 작위범인지 부작위범인지 문제된다. 즉 불법정보가 게재되었음에도 계속하여 정보통신망서비스를 제공한 작위와 이를 삭제하지 않고 방치한 부작위 중 어디에 형사책임의 무게 중심이 있는지가 문제되는데 정보통신망서비스 제공행위는 불법정보가 게재되기 전부터 있었던 행위이고 그 이후 특별히 명예훼손의 고의에 의하여 적극적, 외부적인 행위를 한 것

172) 오경식·황태정·이정훈, "명예훼손과 온라인서비스제공자의 형사책임", 형사정책 제22권 제1호, 한국형사정책학회, 2010, 264-267면.

이 없으므로 부작위에서 범행결과에 대한 기여를 찾는 것이 타당하다고 판단한다.¹⁷³⁾

마지막 단계로 부작위범으로서의 보증인적 지위가 인정되는지 문제된다. 보증인적 지위의 발생근거로서 법령, 계약, 조리 등을 살펴볼 수 있는데 작위의무를 규정한 법령은 없고, 정보통신서비스 제공자와 이용자간 이용자가 불법정보를 게재한 경우 이를 삭제하는 등 조치를 취하도록 하는 별도의 약정이 없다면 약정의무가 존재한다고 볼 수 없다. 하지만 정보통신서비스 제공자는 위험원의 관리자로서 안전의무를 부담하고 따라서 조리상 삭제 등 조치를 취해야 할 작위의무를 인정할 수 있어 보증인적 지위가 인정되는 것으로 판단한다. 즉 정보통신망서비스는 그 자체로 위험하지 않지만 쓰임새에 따라 다양한 형태의 위험발생이 야기될 수 있으므로 위험원으로서의 성격을 갖고(대법원 2009. 4. 16. 선고 2008다53812 전합 판결도 같은 취지임) 서비스 제공자는 불법정보의 존재를 인식하여 이를 기술적으로 삭제 등 조치를 취할 수 있기에 위험원을 지배하고 있다고 할 수 있으므로 보증인적 지위를 충분히 인정할 수 있다는 것이다.¹⁷⁴⁾

따라서 인터넷서비스 제공자에 대하여 명예훼손죄의 방조범으로서의 형사책임을 인정하는 것으로 판단한다.

실제로 대법원은 정보통신망을 통하여 음란물을 반포, 판매 등을 하는 행위에 대하여 인터넷서비스제공자에게 방조죄를 인정하는 입장이다.

인터넷 포털 사이트 내 오락채널에 개설된 성인만화방에, 음란한 성인만화를 게재하여 사용자들로 하여금 1권당 50원 내지 500원을 내고 만화를 볼 수 있도록 한 사안에서, 위 오락채널 총괄팀장, 포털 사이트 법인 등 인터넷서비스제공자에게 전기통신기본법¹⁷⁵⁾상 음란물 배포, 판매 등 방조죄를

173) 오경식·황태정·이정훈, 위의 논문, 267-270면.

174) 오경식·황태정·이정훈, 앞의 논문(주 172), 273-284면.

175) (구)전기통신기본법 제48조의2에 의하면, “전기통신역무를 이용하여 음란한 부호·문언·음

인정한 사안이다.¹⁷⁶⁾

판례는 방조범은 부작위에 의하여도 성립할 수 있고 작위의무는 법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우는 물론 기타 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상 기대되는 경우도 인정된다는 전제하에, 위 사안의 구체적 사정을 고려하여 인터넷서비스제공자에게 음란만화의 삭제를 요구할 조리상 의무가 있다고 하여 방조죄 성립을 긍정하였다.

즉 사안에서 위 포털사이트 업체가 첫째 무료사이트에서 유료사이트로 전환하기 위하여 그 수익사업의 일환으로 성인만화방을 개설하였고, 유료사이트 전환이라는 목적을 달성하기 위하여 수익에 지대한 관심을 가지고 성인만화방 등을 비롯한 성인대상 채널을 중점적으로 관리한 점, 둘째 콘텐츠 제공업체들과의 공동사업 약정에 따라 성인만화방에 게재되는 만화 콘텐츠 이용자들로부터 받은 이용료 수익금의 40-50%를 받은 점, 셋째 콘텐츠 제공업체와의 공동사업 약정에 따르면 각자의 업무에 관하여 상호 협의하기로 하여 사전에 콘텐츠 제공업체들과 협의를 함으로써 위 성인만화방에 대체로 어떠한 내용의 콘텐츠가 게재될 것인가를 사전에 예상하였고 그 콘텐츠의 뷰잉(viewing) 프로그램을 개발하여 제공하는 등 게재의 편의를 적극적으로 도모하였으며, 사후에 콘텐츠의 실제 게재 여부 및 정상 서비스 여부에 관하여 확인하였을 뿐만 아니라 만화 콘텐츠가 저장된 서버에 대한 시스템상 사용 및 보안권한 설정권을 보유하는 등 일반적 통제권한을 보유하여 콘텐츠의 내용을 실시간에 지속적으로 쉽게 검색·파악할 수 있었고, 이러한 것들이 피고인들의 주요 업무내용이었던 점, 넷째 콘텐츠 제공업체들과 사이에 제공업체들은 콘텐츠에 사회윤리를 침해하는 내용의 정보를

항 또는 영상을 반포·판매 또는 임대하거나 공연히 전시한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다”라고 규정되어 있고, 이는 현재 정통방법 제74조 제2호, 제44조의7 제1항 제1호에서 처벌하고 있음.

176) 대법원 2006. 4. 28. 선고 2003도4128 판결.

담아서는 안 되며 이러한 의무를 불이행할 경우 계약을 해지할 수 있다고 약정하였고, 이러한 해지권을 근거로 실제 일부 만화들에 대하여 직접 삭제를 하거나 콘텐츠 제공업체에 요구하여 삭제하게 한 점, 다섯째 이 사건 만화들 중 일부가 게재된 것을 알고 있었던 점 등의 사정을 볼 때 인터넷서비스제공자에게 성인만화방에 게재된 콘텐츠를 관리 및 감독할 권한과 능력이 있었고 이 사건 음란만화들이 지속적으로 게재되고 있다는 사실을 안 이상 콘텐츠 제공업체에게 그 삭제를 요구할 조리상 의무가 있다고 판단하였다.

이 판례도 전술한 인터넷서비스 제공자의 명예훼손으로 인한 불법행위 책임에 관한 판례와 마찬가지로 게재물의 불법성에 대한 인터넷서비스 제공자의 인식 여부 및 게시물에 대한 관리, 통제가 기술적 그리고 경제적으로 가능했는지 여부를 요건으로 형사책임을 인정하고 있음을 확인할 수 있다.

6. 인터넷서비스 제공자의 형사책임을 인정해야 할 대상행위의 성격

인터넷서비스 제공자의 형사처벌 여부를 논함에 있어서 가장 선행적으로 검토되어야 하는 것은 과연 인터넷서비스 제공자가 형사처벌을 받아야 하는 대상이 되는 행위가 무엇인가이다. 즉 문제가 되는 행위가 이용자가 명예훼손성 글을 게시할 수 있도록 공간을 제공한 행위인지 아니면 명예훼손성 글이 게시된 이후 이를 삭제하지 않고 방치한 행위인지이다.

결론부터 말하자면 후자의 행위가 처벌대상이 되어야 하는 행위라고 보는 것이 타당하다. 범죄로 규정하기 위하여는 특정 행위가 불법성을 내포하여야 하는데 이용자가 명예훼손성 글을 게시할 수 있도록 공간을 제공한 행위는 아무런 불법성을 내포하지 않는다. 인터넷서비스 제공자는 자신이 제공한 웹사이트 등에서 이용자들이 자유롭게 의사소통을 하도록 하고 때로

는 그로부터 영리를 취하기 위하여 사이버 공간을 개설한 것이다. 따라서 인터넷서비스 제공자가 이용자들이 글을 게시할 수 있도록 공간을 제공한 행위 자체는 위법하지 않고 범죄가 아니다. 이에 대하여는 허용된 위험의 법리상 인터넷접속 서비스를 제공하는 행위만으로는 법적으로 불승인된 위험을 창출하였다고 보기 어렵고 정상적인 사회활동에 포함된 위험의 실현이므로 구성요건해당성이 부정된다고 설명하기도 한다.¹⁷⁷⁾ 또한 인터넷 이용자들이 인터넷 접속서비스를 범죄적으로 남용할 가능성이 있다는 것을 인식한 것만으로는 미필적 고의를 인정하기 어렵다는 견해도 있다.¹⁷⁸⁾

물론 예외적으로 인터넷서비스 제공자가 명예훼손 가해자와 공모하여 명예훼손적 표현물의 게시를 목적으로 서버를 운영한 경우, 명예훼손적 표현물에 대한 검색이 용이하게 조작하여 게시하는 경우 등과 같이 적극적인 개입이 있는 경우 명예훼손성 글을 게시할 수 있는 공간을 제공한 작위 자체를 명예훼손죄로 처벌할 수도 있을 것이다.¹⁷⁹⁾

또한 설령 인터넷서비스 제공자가 이미 명예훼손성 표현물을 게재한 전력이 있는 사람의 이용을 제한하지 않고 글을 게시할 수 있는 공간을 제공하였다 하더라도 미필적 고의에 대한 통설, 판례인 용인설의 입장에서 본다면 위와 같은 상황에서 인터넷서비스 제공자가 특정 이용자가 명예훼손성 표현물을 재게시할 수 있다는 가능성을 인식한 것만으로 이를 어쩔 수 없다고 용인한 것으로까지 보는 것은 무리라고 생각되고, 이용자와의 특별한 사전 공모 등이 입증되지 않는 한 역시 미필적 고의를 인정하지 어려우므로 위법하지 않고 처벌할 수 없다.

따라서 이용자가 명예훼손성 글을 게시하였고 이후 인터넷서비스 제공자

177) 박광민, 앞의 논문(주86), 113면; 이정원, 앞의 논문(주22), 45면.

178) 이호중, “위험정보의 유통과 ISP에 대한 형법적 규제”, 한국비교형사법학회 하계국제학술대회 발표논문, 2003. 8., 5면.

179) 이상원, “사이버 범죄에 관한 토론문”, Law & Technology 제5권 제3호, 서울대학교 기술과 법센터, 2009. 5., 37면.

가 이를 삭제하지 않고 방치한 행위에 대하여 형사처벌 여부를 논하는 것이 타당하다.

7. 기존 논의에 대한 비판적 검토

(1) 범행 종료 이후 방조범 성립여부

기존 학계의 논의는 인터넷서비스 제공자의 방치행위를 명예훼손죄의 공범으로 보고 나아가 방조범으로 판단하는 것이 다수의 입장이다.

정범과 공범에 대한 구별기준으로서 통설인 행위지배설의 입장에 따르면, 자신의 주관적인 의사에 따라 구성요건에 해당하는 사건진행을 장악한 사람은 정범이고 이러한 행위 지배 없이 타인의 범죄를 야기 또는 촉진한 사람은 공범에 해당한다. 그런데 이미 게시된 명예훼손성 표현물을 삭제하지 않은 행위만으로 명예훼손적 표현의 직접 적시라는 명예훼손죄의 구성요건 사실에 대하여 행위지배를 하였다고 보기 어렵고 따라서 공범으로 의율하는 기존 논의는 타당하다. 다만 전술한 바와 같이 처음부터 명예훼손 가해자와 공모하여 자신의 웹사이트에 글을 게시하도록 공간을 제공하였고 기능적 행위지배가 인정된다면 예외적으로 명예훼손죄의 공동정범이 성립할 여지는 있다.

그런데 대법원 판례에 따르면 인터넷서비스 제공자의 방치행위는 이론적으로 방조범이 성립할 수 없다. 전술한 바와 같이 명예훼손죄는 상태범으로 명예훼손적 표현물의 게재하면 범행이 기수에 이르고 동시에 종료되고, 사이버 명예훼손죄의 경우도 마찬가지라는 것이 대법원 판례의 입장이다. 그렇다고 한다면 이미 명예훼손성 표현물이 게재되어 범행이 종료된 다음 이를 방치하는 것은 범행 종료 이후 개입으로 범행 종료 이후 방조범의 성립

은 불가능하다는 점에서 방조범은 이론상 성립할 수 없다.

물론 인터넷서비스 제공자에게 방조범의 죄책을 물을 수 있는 경우도 있다. 우선 처음부터 명예훼손 가해자와 공모하여 자신의 웹사이트에 글을 게시하도록 하고 삭제하지 않고 방치하기로 하였고 기능적 행위지배까지는 인정되지 않아 공동정범이 성립하지 않는 경우 명예훼손죄의 방조범이 성립할 수 있다.

또한 위 음란물 반포 사안에서 대법원 판례가 인터넷서비스 제공자에게 방조죄를 인정한 것과 같이 명예훼손성 표현물을 지속적으로 게재하였고 이를 방치한 경우이다. 즉 명예훼손성 표현물이 일회적으로 게재된 것이 아니라 상당 기간 수 차례에 걸쳐 게재되었고 이를 인터넷서비스 제공자가 알면서 방치한 경우라면 위 표현물 게재로 인한 명예훼손죄는 일종의 포괄 일죄라고 할 수 있고 인터넷서비스 제공자는 범행 종료 이전에 개입함으로써 이론상 방조범의 성립이 가능한 것이다.

그러나 사이버 명예훼손죄의 범행종료 시점은 현실공간에서의 명예훼손죄와 달리 판단해야 하지 않냐는 의문이 제기된다. 즉시범과 계속범의 구별은 결국 구성요건적 행위가 일정 시간까지 종료되지 않고 위법상태를 야기하는지 여부에 달려 있다. 현실공간에서의 명예훼손은 명예훼손적 언행을 함으로써 그 구성요건적 행위가 종료된다. 그러나 사이버 공간에서는 명예훼손적 표현물을 게시한 이후 게재물이 삭제될 때까지는 게재행위는 지속된다. 따라서 사이버 명예훼손죄는 상태범이 아닌 계속범으로 볼 필요가 있고 그렇다고 한다면 인터넷서비스 제공자의 방치행위는 범행 종료 이전 가담으로 방조범이 성립할 수 있는 것이다.

(2) 조리상 작위의무 인정의 문제점

기존 논의는 인터넷서비스 제공자의 부작위범의 보증인적 지위와 관련하여 조리상 작위의무를 인정한다. 즉 다수 견해가 인터넷서비스 제공자는 인터넷이라는 위험원의 관리자로서 안전의무를 부담한다고 하여 조리상 작위의무를 인정한다.

그러나 “많은 사람들이 승인하는 공동생활의 원리”라고 할 수 있는 조리의 개념이 지나치게 포괄적이어서 그 작위의무 인정범위를 지나치게 확장될 수 있고, 개별 사안에 따라 법률실무가의 자의적인 판단이 개입되어 형평성을 잃을 수 있으며 죄형법정주의의 명확성 원칙 및 그에 따른 신뢰의 원칙에 반하는 측면이 있다.

타인의 불법행위를 방지하는 부작위를 이와 같은 관습적, 도덕적 행위준칙을 근거로 형법의 규율대상으로 끌어들인다면 사람이 사회생활을 하면서 마땅히 해야 할 도리를 하지 않으면 처벌된다는 결과를 야기할 수 있는 것이다.¹⁸⁰⁾

이와 같이 인터넷서비스 제공자에 대하여 명예훼손성 표현물에 대한 삭제 등 조치를 취할 작위의무를 조리에서 도출하는 이유는 법령 및 계약에 의한 작위의무를 인정하기 어렵기 때문이다.

인터넷서비스 제공자의 의무와 관련된 법령상 근거는 정통방법을 생각해볼 수 있는데 전술한 바와 같이 정통방법 제3조 및 제44조에서 정보통신서비스 제공자의 책무에 관한 규정이 있으나 이는 일반적이고 선언적 규정에 불과하여 작위의무를 도출시키는 어려운 것으로 보인다. 한편 정통방법 제44조의2에서 명예훼손 등 권리침해를 받은 사람이 정보통신서비스제공자에

180) 김성돈(a), “인터넷상의 웹하드 서비스제공자의 형사책임”, 성균관법학 제22권 제2호, 2010, 142면.

게 삭제 등을 요청할 수 있고 이에 정보통신서비스제공자는 삭제 등 조치 의무가 있고, 정통망법 제44조의7에서 방송통신위원회에서 명예훼손성 표현물로 심의하여 정보통신서비스제공자에게 삭제 등 처리를 명령하면 이에 따르도록 의무를 규정하고 있기 때문에 이에 의하여 작위의무를 도출시킬 수 있다. 그러나 피해자가 삭제 등 처리요청을 하지 않거나 방송통신위원회에서 처리명령을 하지 않는 경우에는 정보통신서비스제공자가 명예훼손성 표현물의 존재를 인식하였더라도 삭제 등 처리를 할 작위의무를 도출시킬 수는 없다. 또한 인터넷서비스 제공자와 이용자간 명시적인 별도의 약정, 예를 들어 명예훼손성 불법 표현물이 게재되면 즉시 삭제 등 처리해야 할 의무를 규정하는 등의 약정을 하지 않는다면 역시 계약상 작위의무를 도출시킬 수 없다.

인터넷서비스 제공자를 형사처벌하기 위한 근거인 조리상 작위의무를 추상적으로 위험원 관리자의 안전의무로 볼 것이 아니라 전술한 민사책임과 관련된 대법원 전원합의체 판결의 요건을 적용하여 조리상 작위의무를 구체화하는 것을 생각해 볼 수 있다. 또한 나아가 좀더 바람직한 방향으로 미국, 독일, 일본의 입법례와 같이 그 법적요건을 법률에 규정하여 법령에 의한 작위의무를 마련하는 것이 타당하고 생각된다. 구체적인 구성요건은 미국, 독일, 일본의 정보통신망 관련 법률에서 인터넷서비스 제공자의 책임을 규정하고 있는 내용 및 전술한 대법원 전원합의체 판결의 다수의견을 참고할만하다고 생각한다.

(3) 웹하드 서비스제공자의 형사책임에 있어서 특수성

웹하드 서비스는 인터넷을 통하여 일정용량의 저장공간을 확보해 디스크 등 저장매체가 없어도 문서나 파일 등을 저장, 열람, 편집하고 타인과 파일

을 공유할 수 있도록 해주는 서비스로 웹하드 서비스제공자는 대부분 유료로 이러한 서비스를 제공하고 있다. 대부분의 이용자들은 웹하드 서비스업체를 통하여 일정 금액을 지급하고 원하는 파일을 다운로드받을 수 있다.

그런데 웹하드 서비스제공자는 서비스의 특성상 콘텐츠의 내용에 대한 접근이 어려운 특수성을 가지고 있다. 웹하드 공간은 네이버, 다음과 같은 포털사이트와 같이 모든 사람들에게 공개된 공간이 아니므로 서비스제공자가 임의로 웹하드 공간 안에 들어가 업로드 되어 있는 파일의 내용에 대하여 모니터링을 하기 힘든 것이다. 웹하드 서비스제공자의 주된 의무는 회원들이 파일을 공유하면서 그 파일이 손상되는 등 문제가 생기지 않도록 관리할 의무만이 있다. 이는 포털사이트에서 제공하는 이메일 서비스와 관련하여 포털업체가 개개인의 이메일 내용까지 확인할 수 없고 확인해서는 안되는 것과 같다. 결국 웹하드 서비스제공자는 사실상 명예훼손성 표현물인지 내용을 파악하여 이를 삭제하는 등 조치를 취할 사실상 작위가능성이 없는 것이다.¹⁸¹⁾

즉 웹하드 서비스제공자의 경우는 다른 인터넷 서비스제공자와 달리 명예훼손성 표현물에 대한 삭제 등 조치를 취하도록 요구하는 것이 타당하지 않는다는 점에서 법적책임을 지는 인터넷 서비스제공자에서는 제외하는 것이 타당하다고 생각된다.

181) 김성돈(a), 위의 논문, 146-148면.

제5장 공적 사안에 관한 사실 적시의 비범죄화

제1절 인터넷 시대에서의 국민의 정치참여 활성화

정보화사회인 현대사회에서는 인터넷의 대중화로 인하여 국민들의 정치참여가 더욱더 활발해지고 있다. 사이버 공간의 익명성이라는 큰 무기로 자신의 정치적 의견과 각종 정보를 활발하게 표현하고 또한 이를 접하고 있다. 이렇게 국민들의 사이버 공간을 통한 정치적 표현이 활성화됨에 따라 그 과정에서 정치인 등 공인의 명예훼손죄가 문제되는 경우가 적지 않게 발생하고 있다.

그런데 정치인 등 공인의 업무수행에 관한 진실을 공표하거나 상당한 근거에 의하여 진실로서 판단되어지는 의혹사실을 공표하는 경우 그 내용이 공인의 명예를 훼손할 만한 성질의 것이라 하여 일단 명예훼손죄의 구성요건에 해당한다고 보는 것이 타당한지 의문이 제기된다. 현행법 체계에 의하면 사람의 명예를 훼손할만한 사실을 공표하는 경우 그 사실의 진위 여부를 묻지 않고 일단은 명예훼손죄의 구성요건에 해당되고 소극적으로 형법 제310조 등에 의하여 위법성이 조각될 수 있을 뿐이기 때문이다.

따라서 본 장에서는 이러한 현행법 체계의 타당성에 대하여 의문을 제기하고 바람직한 개정방향을 검토해보고자 한다.

제2절 외국의 법제 및 판례의 태도

1. 미국

미국은 공직자 등 공인의 공적사안과 관련된 명예훼손죄 성부에 있어서 ‘현실적 악의의 원칙’ (the actual malice rule)이 적용되어 명예훼손죄가 인정되기 어렵다. 현실적 악의의 원칙은 원래 민사소송에서 공직자 등 공인의 공적 사안과 관련된 표현의 경우 표현의 자유 보호를 위하여 불법행위법상 손해배상 범위를 제한하고자 판례에 의하여 확립된 법원칙으로 형사소송에도 확대되어 적용되고 있다.¹⁸²⁾

미국 불법행위법 리스테이트먼트 제2판¹⁸³⁾에는 명예훼손책임에 관하여 ‘공무원과 공적 인물에 대한 명예훼손’과 ‘사인에 대한 명예훼손’으로 나누어 규정하고 있다. 제580A조는 ‘공무원과 공적 인물에 대한 명예훼손’의 표제로 ‘공무원과 공적 인물에 대한 허위의 명예훼손적 의사표시에 대하여 (a) 진술이 거짓이고 타인의 명예를 훼손한다는 사실을 알고 있는 경우, (b) 이러한 사실에 대하여 무모하게 무시하고 행위를 한 경우에 한하여 책임이 있다고 규정한다. 또한 제580B조는 ‘사인에 대한 명예훼손’의 표제로 ‘사인에 대한 허위의 명예훼손적 의사표시에 대하여 (a) 진술이 거짓이고 타인의 명예를 훼손한다는 사실을 알고 있는 경우, (b) 이러한 사실에 대하여 무모하게 무시하고 행위를 한 경우, (c) 이를 확인하지 않고 과실로 행위를 한 경우에 한하여 책임이 있다고 규정한다. 즉 표현대상이 공무원과 공적 인물인 경우에는 진술내용이 거짓임을 확인하지 않고 과실이 있는 경우에는 명예훼손의 책임을 지지 않는다. 여기서 제580A조의 (a)와 (b)가 현실적 악의에 해당한다.

원래 명예훼손에 관한 보통법(common law)은 엄격책임 원칙을 취하여 명예훼손 행위에 대하여 다른 형태의 불법행위보다 엄격한 책임을 지웠고, 미 수정헌법 제1조의 표현의 자유로도 보호받지 못한다는 입장에 있었다. 연방

182) 이희경, 앞의 논문(주52), 141-142면.

183) American Law Institute, Restatement of the Law, Second, Torts, American Law Institute Publishers, 1986.

대법원은 명예를 훼손하는 발언은 음란한 발언, 도발적 언사 등과 같이 그 발언 자체로 손해를 발생시키거나 즉각적으로 사회의 평온을 해하는 것으로 아무런 사회적 가치가 없으므로 헌법적으로 보호되는 언론의 영역에 포함되는 것이 아니라는 입장을 취하였다.¹⁸⁴⁾

따라서 명예훼손 소송에서 원고는, 피고가 원고의 사회적 평가를 해하는 사실을 공표하였다는 것을 입증하면 되고 피고의 과실, 손해발생을 입증할 필요가 없었고 내용의 허위성도 추정되었다. 이에 대하여 피고는 면책사유로서 내용이 진실하다는 점 또는 면책특권에 해당되는 사유가 있음을 입증해야 책임을 면할 수 있었다. 면책특권은 소송절차에서의 법관, 변호사, 당사자의 진술과 같이 내용의 진실 여부나 악의 여부를 불문하는 절대적 면책특권(absolute privilege), 자기 자신 또는 제3자나 공공의 이익을 보호하기 위하여 선의에서 한 것이라는 제한적 면책특권(conditional privilege)으로 나뉘는데, 제한적 면책특권에는 공공의 관심사에 관한 비판이나 논평은 면책된다는 공정논평의 법리(fair comment rule) 및 의회의 청문회 등 공적인 절차에 관한 보도는 공정하고 정확하게 보도되었다면 면책된다는 공정보도 면책특권(fair report privilege)이 있었다.¹⁸⁵⁾ 따라서 적시된 내용이 명예훼손에 해당하기만 하면 위와 같은 면책사유를 명예훼손적 발언을 한 행위자가 입증하지 못하는 이상 가혹한 책임을 져야 하므로 과도하게 표현의 자유가 제한되는 측면이 있었다.¹⁸⁶⁾

그런데 1964년 연방대법원의 New York Times Co. v. Sullivan 판결¹⁸⁷⁾에서 ‘현실적 악의의 원칙’이 확립되어 미국의 명예훼손 역사에 있어서 매우 큰 변화가 생겼다. 위 판결은 앨라배마주에서 마틴 루터 킹목사가 주도하는

184) 한위수(a), “공인에 대한 명예훼손의 비교법적 일고찰-‘현실적 악의’원칙을 중심으로”, 언론과 법 창간호(통권 제1호), 2002, 150면.

185) 한위수(a), 위의 논문, 149면.

186) 김주영, 앞의 논문(주35), 31면.

187) New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254(1964).

비폭력시위를 제압한 몽고메리시 경찰국장인 Sullivan에 대한 뉴욕타임즈의 전면광고가 문제된 것으로 경찰국장이 신문사를 상대로 명예훼손에 의한 불법행위책임을 구하는 민사소송을 제기한 사안이었다. 뉴욕타임즈의 광고 내용은 몽고메리시 경찰이 킹목사의 비폭력시위를 제압하는 과정에서 학생들을 학교에서 강제로 내쫓고, 총과 최루가스 등으로 무장하고 학교를 둘러쌌으며, 학생들을 배고프게 하여 굴복시킬 목적으로 식당을 폐쇄시켰다는 내용이었다.

이 사안에서 판례는, 공직자(public official)의 공적 행동(public conduct)에 대한 명예훼손의 경우 첫째 명예훼손 발언내용이 허위라는 점, 둘째 피고에게 허위에 대한 고의 또는 인식 있는 과실이 있었다는 점¹⁸⁸⁾을 모두 원고가 입증해야 한다는 이른바 ‘현실적 악의의 원칙’ (the actual malice rule)을 수립하였고 이는 보통법상의 엄격책임원칙을 근본적으로 수정하여 공직자에 대한 명예훼손이 인정되는 범위를 축소시켰다.

즉 연방대법원은, 공직자가 원고인 경우 피고에게 명예훼손 책임을 지우기 위하여는, 원고는 피고의 현실적 악의를 입증해야 하는데 현실적 악의는 ‘피고가 자신이 공표하는 내용이 허위임을 알았거나 또는 그 허위 여부에 대하여 분별 없이 무시(reckless disregard)하였음’을 의미하고, 그 입증부담의 정도는 ‘명백하고 확실한 증명(clear and convincing proof)’이라고 판시하였다.

현실적 악의의 구체적인 의미에 대하여 연방대법원은 “합리적인 사고를

188) 여기서 허위에 대한 고의, 과실은 불법행위의 성립요건으로서의 고의, 과실과는 구별된다. 후자는 자신의 행위가 타인에게 손해를 가할 수 있다는 것에 대한 인식 또는 인식가능성을 의미하기 때문이다. 미국이나 우리나라 모두 불법행위의 성립요건으로서의 고의, 과실은 원고 즉 피해자가 입증해야 한다. 반면 우리나라는 미국과 달리 내용의 진위 여부를 불문하고 민사상 명예훼손이 성립하므로 원고가 허위임을 입증할 필요가 없고 다만 진실성이 위법성조각사유이고 진실이라고 믿은 상당한 이유가 있는 경우도 포함되므로 상당성에 대한 입증책임이 원고가 공인인지 여부에 불문하고 피고 즉 가해자에게 있음.

가진 사람이라면 그대로 공표하였을 것인가 아니면 공표 전에 필요한 조사를 하였을 것인가의 여부로 판단되는 것이 아니며, 표현행위자가 공표 전에 그 내용의 진실성에 대하여 사실상 심각한 의문(serious doubt)을 가지고 있었음에도 불구하고 이를 공표하였다는 점이 입증되어야 한다”고 판시하였다.¹⁸⁹⁾ 또한 연방대법원은 현실적 악의의 정도에 대하여 “허위일 개연성에 대한 인식(the degree of awareness of its probable falsity)”이라고 표현하기도 하였다.¹⁹⁰⁾ 이에 대하여는 결국 내용의 공표 이전에 추가조사를 하지 않았다는 사실만으로는 과실은 인정될지언정 현실적 악의가 있다고 판단할 수 없고 추가적인 조사가 필요하다는 사실을 주관적으로 상당히 의심하고 있었음에도 이를 공표하였다는 점을 입증해야 하는 것이 판례의 입장이라고 해석한다.¹⁹¹⁾

종래 보통법에 의한 엄격책임의 원칙에 의하면 원고에게 유리하게 명예훼손적 주장이 허위라고 추정되어 피고가 진실성의 항변을 하면서 진실성을 입증했어야 하였는데 위 원칙이 확립됨으로써 허위사실 여부에 대한 입증책임이 원고에게 부과되게 되었고¹⁹²⁾ 피고의 단순한 과실은 면책되고, 현실적인 악의가 있는 경우에만 손해배상 의무가 발생한다고 인정하여 피고의 주관적 의도를 극히 제한하여 명예훼손의 인정범위를 축소하였다. 이는 언론의 자유 내지 표현의 자유의 보장을 위하여 손해배상 의무를 경감한 것으로 평가된다.

이 뉴욕타임즈 판결은 진실하지 않은 내용도 보호받을 수 있음을 판시한 최초의 판례로서 “자유롭게 토론하다 보면 잘못된 표현은 불가피하며 표

189) St. Amant v. Thompson, 390 U.S. 727(1968)[김진, “공적인 인물에 대한 명예훼손에 관한 고찰-새로운 모색을 위한 제언-”, 형사법의 신동향 통권 제36호, 2012, 285-286면 재인용].

190) Garrison v. Louisiana, 379 U.S. 64(1964)[김진, 위의 논문, 286면 재인용].

191) 언론법연구, 사법연수원, 한양당, 2008, 135면[김진, 앞의 논문(주189), 286면 재인용].

192) 한수웅, 앞의 논문(주 5), 28면.

현의 자유가 생존하는데 필요한 숨쉴 공간을 확보하기 위해서는 잘못된 내용의 표현도 보호되어야 한다”고 판시하였다. 위 사건 당시에는 주공무원들이, 민권운동가들이 주정부에 저항하며 반대의견을 주장하는 것을 저지할 목적으로 명예훼손 소송을 악용하고 있는 상황이었고, 이에 연방대법원은 판결에서 국민들이 정부에 대하여 자유로운 비판을 할 수 있어야 시민자치(self-governance)를 이룩할 수 있다고 하면서 공공의 문제에 대한 토론은 제한 없이 활발하고 널리 개방되어야 하고 정부나 공직자에 대한 격렬하고 때로는 불쾌한 공격을 할 수 있다고 판시하여 표현의 자유를 보장하는 방향으로의 명예훼손법을 새로이 정립하였다고 볼 수 있다.

한편 *Garrison v. Louisiana* 판결¹⁹³⁾에서 ‘현실적 악의의 원칙’이 민사재판에서 형사재판으로 확장되게 되었다. 즉 위 사건에서 법원은 공직자의 공적 행동과 관련하여 비판하는 경우에는 개인의 명예보다 더 많은 사람들의 이익을 중시하는 것이 헌법에 합치되고, 이는 민사소송 뿐만 아니라 형사소송에도 적용되는 것이 당연하므로 ‘현실적 악의의 원칙’은 민사소송 뿐만 아니라 형사소송에도 그대로 적용된다고 판시하였다. 이 사안은 당시 Orleans Parish 지방검찰청 검사였던 Garrison이 형사법원의 판사들과 예산 문제로 다투게 되었는데, 이후 기자회견을 열어 위 판사들에 대하여 비난하는 내용의 발언을 한 것이 문제가 되어 명예훼손죄로 기소가 된 것이었다. 문제된 발언내용은 판사들의 게으름과 과도한 휴정 등으로 인하여 형사사건의 진행이 지속적으로 지연되고 있고, 판사들이 뉴오리온주의 범죄단속을 위한 수사비의 집행을 인가하지 않는 방법으로 자신을 비롯한 검찰의 범죄단속 노력을 방해하고 있다는 것이었다. 법원은, 공직자인 판사들에 대한 명예훼손 발언에 대하여 ‘현실적 악의의 원칙’을 적용하여 Garrison에게 현실적 악의가 있음이 입증되지 않았음을 이유로 무죄를 선고하였다.

193) *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64(1964).

또한 Curtis Publishing Co. v. Butts 판결¹⁹⁴⁾에서는 ‘현실적 악의의 원칙’의 적용대상이 사회적 영향력이 있는 ‘공적 인물’에까지 확장되었다. 즉 법원은, 한 국가의 정책결정은 공직자뿐만 아니라 사회적으로 큰 영향력을 가진 공적 인물(public figure)에 의하여도 가능하므로 국민들의 공적 인물에 대한 자유로운 비판이 행해질 필요가 있고, 한편 공적 인물도 자신의 사회적 영향력을 행사하고 자신에 대한 비판을 반박하기 위한 목적으로 언론매체에 접근할 기회가 많으므로 공적 인물에 대한 명예훼손 행위에 대하여도 ‘현실적 악의의 원칙’을 적용해야 한다고 판시하였다. 이 사안은 ‘Saturday Evening Post’라는 잡지가 조지아 대학 미식축구 코치였던 Butts가 다른 팀과의 축구경기를 조작한 것으로 보인다는 내용의 기사를 내보낸 것이 문제가 되었는데 실제 조작한 것이 사실이 아니었다. 법원은 대학 미식축구 코치를 공적 인물로 보아 현실적 악의의 원칙을 적용하였지만, 피고에게 현실적 악의가 인정된다고 하여 명예훼손에 의한 불법행위책임을 인정하였다.

한편 연방대법원은 Rosenbloom v. Metromedia 판결¹⁹⁵⁾에서 ‘현실적 악의의 원칙’의 적용 여부를 종래 원고의 신분을 기준으로 판단했던 것을 표현내용을 기준으로 판단해야 한다고 변경하였다. 이 사안은 방송국을 경영하는 피고가 잡지판매상인 원고가 음란잡지를 판매하다가 경찰에 체포되었다고 보도하였으나 나중에 위 잡지가 음란물이 아닌 것이 밝혀져 명예훼손이 문제된 것이었다. 법원은, 원고가 공직자가 아닌 사인인 경우에도 그 적시된 내용이 ‘공적 관심사(public interest)’ 또는 ‘일반적 관심사(general interest)’에 관련되어 있다면 ‘현실적 악의의 원칙’이 적용되어야 한다는 ‘공적 관심사’ 기준을 제시하였다. 대중의 주요 흥미는 사건의 내용인 관련자의 행위, 행위의 효과 및 중요성 등에 있는 것이지 관련자가 유명한

194) Curtis Publishing Co. v. Butts, 388 U.S. 130(1967).

195) Rosenbloom v. Metromedia, 403 U.S. 29(1971).

사람인지 여부에 있는 것이 아니므로 사안이 공적 또는 일반적 관심사가 있는 주제라면 피해자가 사인이라 하더라도 이에 관한 모든 토론이 헌법상 보호를 받아야 하므로 ‘현실적 악의의 원칙’이 적용되어야 한다는 것이 근거였다. 이에 따라 법원은, 명예훼손의 객체인 잡지판매상은 공적 인물이 아니었지만 문제된 발언 내용이 공적 관심사에 해당됨을 인정하여 ‘현실적 악의의 원칙’을 적용하였고, 피고의 현실적 악의가 인정되지 않음을 이유로 명예훼손으로 인한 불법행위책임을 부정하였다. 그러나 이러한 법원의 판단에 대하여는 어떻게 생각해 보면 모든 인간사가 공적 관심사가 될 수 있는 것이므로 거의 모든 경우에 위 원칙을 적용해야 하는 결과가 될 수 있어 지나치게 언론의 자유를 보호하고 개인의 명예보호를 등한시하는 결과를 초래할 수 있다는 비판이 적지 않았다.¹⁹⁶⁾

이후 연방대법원은 *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 판결¹⁹⁷⁾에서 ‘현실적 악의의 원칙’의 적용기준으로 기존의 입장인 ‘공적 인물’(public figure) 기준을 확립하였다.¹⁹⁸⁾ 이 사안은 경찰관이 17세의 청년을 사살한 사건에 대해 인권변호사인 Gertz가 청년의 유족의 대리인으로서 경찰관을 상대로 손해배상청구 소송을 제기하자 시사잡지사에서 위 인권변호사에 대하여 마르크스주의자 동맹의 간부이고 공산주의자라고 비방하는 내용의 글을 게재하여 명예훼손이 문제가 된 것이었다. 법원은 인권변호사인 Gertz는 공적 인물이 아닌 사인에 불과하고 따라서 ‘현실적 악의의 원칙’을 적용할 수 없다고 판단하고 명예훼손을 인정하였다.

판례는 본건 사안에서 ‘현실적 악의의 원칙’의 적용기준을 원고의 신분이 공적 인물이나, 사인이나로 해야 하는 것에 대한 정당한 근거로 두 가지를 제시하였다. 첫째, 공적 인물은 의사소통에 접근하여 허위진술에 대응할

196) 한위수(a), 앞의 논문(주184), 153-154면.

197) *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 418 U.S. 323, 345(1974).

198) 이희경, 앞의 논문(주52), 141-142면.

현실적 기회를 사인보다 많이 가짐으로써 자력구제가 용이하다는 것이고 둘째, 공적 인물은 사인과 달리 자발적으로 스스로의 활동을 통해 공중의 주시와 비판의 대상이 될 위험을 어느 정도 감수하는 사람들이라는 것이다. 이 판결은 ‘현실적 악의의 원칙’의 인정기준에 대하여 원고의 신분으로 할 것인지 표현 내용인 공적 관심사 여부로 할 것인지에 대한 논란을 정리하고 원고 즉 명예훼손의 피해자가 사인이나 공인이나의 기준으로 하는 것을 확립하여 언론자유와 보장과 사인의 명예보호라는 양 이익의 균형을 꾀한 것으로 평가받는다.¹⁹⁹⁾

그러나 한편 ‘현실적 악의의 원칙’에 의하여 피고에게 허위 사실을 인식하지 못한 중대한 과실이 있는 경우에도 명예훼손 책임을 면책하는 것에 대한 비판이 적지 않고 판례 중에도 그러한 비판을 받은 사례가 적지 않다.²⁰⁰⁾ 일례로 연방대법원 판례로²⁰¹⁾, 원고는 소도시 시장이자 조세사정인 선거 후보였는데 형이 위증죄로 기소되었다. 신문 편집자는 착오로 위증죄로 재판받게 될 사람이 원고라고 생각하고 기사를 게재하였고, 원고는 조세사정인 선거에서 패배하였다. 이에 원고는 신문사를 상대로 명예훼손에 의한 불법행위책임을 구하는 소송을 제기하였는데 대법원에서 패소하였다. 법원은, 원고는 공무원이면서 공직선거의 후보자이므로 공적 인물이고 따라서 ‘현실적 악의의 원칙’이 적용되며, 신문사에게 현실적 악의가 있었음을 인정할 수 없으므로 명예훼손 책임이 인정되지 않는다고 판단하였다. 그러나 언론보도가 여론에 미치는 파급력 및 언론사의 중대한 사회적 책임을 고려할 때 공직선거의 후보자인 사람에 대한 기사를 그 내용의 진위 여부를 정확히 확인하지 않은 채 막연히 진실로 믿고 기사를 게재한 행위에는 언론사에게 중대한 과실이 있음을 누구도 부인할 수 없을 것이다. 허위 기

199) 한위수(a), 앞의 논문(주184), 154-155면.

200) 김재형(b), 앞의 논문(주47), 70-71면.

201) *Ocala Star-Banner Co. v. Damron*, 401 U.S. 296(1971).

사로 인하여 원고가 중요한 선거에서 패배한 점, 선거인인 국민들에게 후보자에 대한 잘못된 정보를 제공한 점 등을 고려하면 더욱 그러하다. 따라서 피고의 명예훼손 책임을 인정하지 않은 법원의 판단은 타당하지 않다. 공직인물에 대하여 ‘현실적 악의의 원칙’을 적용하여 허위사실을 적시한 경우에도 명예훼손 책임을 제한하는 이유가 정부, 정책에 대한 국민들의 자유로운 비판을 통하여 알권리를 보장받고 진정한 민주주의로 나아가기 위함이라고 한다면 위 사안의 경우 국민들에게 공직 후보자 선출과 관련된 잘못된 정보를 제공함으로써 오히려 민주주의 발전을 저해하였다고 볼 것이다.

2. 독일

독일 형법 제193조에는 전술한 바와 같이 위법성 조각사유가 규정되어 있다. 즉 “정당한 이익의 옹호”라는 제목하에 “학문적, 예술적 또는 영업적 업무에 대한 비판, 권리의 행사나 방어 또는 정당한 이익의 주장 등을 목적으로 하는 비판적인 의사표명, 상관의 부하에 대한 징계 및 견책, 공무원의 직무상 고발 및 비평 기타 이에 준하는 경우”에는 의사표명의 형식이나 의사표명이 행해진 상황에 비추어 모욕이 인정되는 경우에 한하여만 처벌할 수 있도록 규정하고 있다.

독일연방헌법재판소는 형법 제193조의 적용에 있어서 구체적인 사건마다 표현의 자유와 충돌하는 다른 기본권의 개별적인 이익형량을 요구하면서도 ‘공적 토론’의 경우에는 표현의 자유가 개인의 인격권보다 우월적 지위에 있다는 원칙을 확립하였다.²⁰²⁾ 이 원칙의 핵심논거는 정치적 영역에서의

202) Grimm, “Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, NJW, 1995, S. 1702; Kriele, “Ehrenschaft und Meinungsfreiheit”, NJW, 1994, S. 1898.

표현의 자유와 민주주의와의 관계를 볼 때 공적 토론과 관련한 표현의 자유에 대한 제한은 민주주의의 바탕인 자유로운 의견교환 과정과 토론을 위축시킬 수 있다는 것이다.²⁰³⁾

독일연방헌법재판소는 형법 제193조의 대표적인 정당한 이익의 옹호의 일환으로, 거칠게 공적으로 공격당한 사람은 자극적 발언이 범람하는 언론 풍토에서 자신의 발언에 대한 공적인 관심을 끌기 위하여 마찬가지로 강력하게 그에 대응하여 반격할 권리(반격권 내지 대응권, Recht auf Gegenschlag)가 있고, 따라서 자기 자신에 대한 타인의 가치 저하적인 평가에 대하여 스스로 원인을 제공한 자는 원칙적으로 그의 명예를 저하시키는 타인의 신랄한 반격을 인용해야 한다는 ‘반격의 원칙’을 인정한다.

‘반격의 원칙’의 법리를 최초로 언급한 사건은 다음과 같다. 시 고등법원장이 강연 및 출판을 통하여 정치적 파업을 지지하는 입장을 밝혔는데, 그 내용은 약 95%의 언론이 경제적으로 기업에 의존하고 있기 때문에 언론사의 성향이 반노조적 경향을 띌 수 밖에 없다는 것이었다. 이에 대하여 우익 주간지인 잡지사에서 위 시 고등법원장에게 인터뷰를 요청하였고, 시 고등법원장은 그가 게재한 공산주의에 반대하는 많은 사실과 저작물을 제시하면서 자신의 정치성향이 공산주의가 아님을 주장하였다. 위 잡지사는 위 인터뷰 내용 및 제시된 자료는 배제하고, 시 고등법원장이 공산주의적 성향을 갖고 있는데 어떻게 고위 법관직에 오를 수 있었는지에 대하여 문제를 제기하는 비판적 논조의 기사를 잡지에 게재하였다. 그러자 시 고등법원장은 위 잡지사가 ‘독자들을 끌 목적으로 정치적 영역에서 발간되는 포르노 잡지’라고 비하하였고, 이 발언이 문제되어 시 고등법원장이 명예훼손죄로 기소되었다. 법원은 유죄판결을 선고하였으나 연방헌법재판소는 피고인의 반격은 정당하고 피고인에 대하여 명예훼손죄를 인정한 유죄판결이 피고인

203) Grimm, 위의 논문, S. 1703.

의 헌법상 기본권인 표현의 자유를 침해한다고 판시하였다.²⁰⁴⁾

즉, 연방헌법재판소의 판시내용에 의하면, 먼저 잡지사가 시 고등법원장의 인격권을 최대한도까지 침해하였고, 이러한 공격에 맞서서 피해를 당한 개인은 정당한 이익을 옹호하기 위하여 신속하고 격렬하게 대응할 수 있어야 한다는 것이다. 결국 스스로 정치적 논쟁에 참여함으로써 공중의 주의의 대상이 된 자는 정치적으로 자신을 방어할 충분한 기회를 가지므로, 반대자가 자기 또는 자기의 삶의 방식에 대하여 신랄하고 평가절하적인 비판을 하여 그의 명예를 훼손하더라도 이를 감수해야 하고 다만 이 경우 대응권의 행사인 표현내용이 피해자에 대한 모욕이나 비방을 포함한다면 모욕죄로는 처벌할 수 있다는 것이다. 독일 연방헌법재판소는 위 사안에서 표현의 자유는 자유민주적 국가질서를 만들기 위하여 본질적으로 필요한 국민의 권리로, 다양한 견해들이 상호 논쟁을 활발히 할 수 있어야 하고, 국가 정책을 비롯한 공익적 가치와 관련된 사안에 관한 부정확한 정보에 대응하여 반박할 수 있는 권리를 보장해 주어야 한다고 판시하였다.²⁰⁵⁾

다른 예로 독일 연방헌법재판소는, 비평가의 정치적 비평이 명예훼손죄에 해당된다고 판단한 법원의 판결에 대하여 위헌이라고 판시하였다. 사안은 비평가가 다양한 출판과 방송매체를 통하여 독일의 민주주의와 관련하여, 독일에서 민주적 의식이 전반적으로 자리를 잡고 있기는 하나 독재적인 지도자를 원하는 세력이 여전히 존재하고 정치인들 중에서도 민주적인 척하나 실제로는 민주적으로 사고하지 않는 사람들이 있다고 비판하면서 그 예로 바이에른 주의 총리를 히틀러에 비유하고 그가 독재적 권력을 행사하고 있다고 주장하여 명예훼손죄로 기소된 것이었다. 법원은 비평가에게 유죄판결을 선고하였으나 연방헌법재판소는 위 판결이 피고인의 기본권인 표현의 자유를 침해한다고 판시하였다.²⁰⁶⁾

204) BVerfGE 12, 113.

205) BVerfGE 12, 113.

즉 연방헌법재판소의 판시 내용에 의하면, 발언이 사안에 관한 토론내용과 전혀 관계 없이 단지 상대방을 비하하려는 것이라면 명예훼손에 해당하지만 본 사건의 경우 피고인의 발언은 독일의 민주주의 상황과 관련하여 진지한 토론의 범위 내에서 행한 것이지 바이에른 주 총리를 단지 비하하기 위한 것이 아니었기 때문에 명예훼손에 해당하지 않는다고 판단하였다. 또한 연방헌법재판소는 공적인 생활을 하는 사람은 공중의 비판의 대상이 되기 쉽고 특히 여론형성을 불러 일으킨 경우에는 날카로운 반응을 수용하는 것이 마땅하고 다만 공격이 그 공적 인물을 오로지 비하하기 위한 악의적인 것이라면 명예훼손에 해당한다고 판시하였다. 그리고 형법 제193조의 적용에 있어서, 발언내용이 개인적·이기적인 목적이나 경제적 이익을 추구하는 사적 영역에 속하는가 아니면 국민 일반과 본질적으로 관계되는 문제에 관한 공적 영역에 속하는가를 구분해야 하고, 공적 영역에 관한 토론에 대하여는 표현의 자유와 인격권이라는 상충하는 두 개의 개인적 법익만이 문제되는 것이 아니라 추가적으로 민주주의에 있어서 불가결한 다양한 의견의 자유로운 교환이라는 초개인적인 법익이 고려되어야 하기 때문에 민주주의 질서가 손상되지 않기 위하여는 표현의 자유가 일반적인 우위를 차지해야 한다고 판시하였다.

또한 독일 연방헌법재판소는, 유럽의회의원 선거에서 후보로 출마한 정치인이 다른 후보가 소속된 정당에 대하여 한 발언을 명예훼손으로 인정한 법원의 판결이 표현의 자유를 침해하여 위헌이라고 판단하였다. 이 사안은 사회민주당(SPD) 소속으로 유럽의회 의원 선거에 출마한 정치인이 다른 정당인 기독교민주당(CSU)이 유럽의 나치당(극단주의 민족주의 정당)이라고 발언하였고 명예훼손이 문제된 것이었다. 법원은 명예훼손임을 인정하는 판결을 하였는데 연방 헌법재판소는 이러한 법원의 판결이 표현의 자유를 침

206) BVerfGE 82, 272.

해하여 위헌이라고 판단하였다.²⁰⁷⁾

연방헌법재판소는 누구든지 사회의 지적 발전을 위하여 의견 표명을 자유롭게 할 수 있고, 이는 그 의견이 옳고 그른지 및 가치 있는지 없는지 여부와 무관하게 인정되어야 한다고 판시하였다. 그리고 올바른 여론 형성을 위하여 때로는 날카롭고 과장된 발언조차 보호되어야 하고 다만 그 보호정도를 어디까지 할 것인지에 대하여는 개인의 명예권과의 조정이 필요하다고 하였다. 그러나 의견 표명과 달리 사실을 적시하는 경우는 진실하지 않은 정보를 공표하는 것이 표현의 자유의 보호 영역 안에 들어간다고 할 수 없고 올바른 의견형성에도 기여할 수 없으므로 허위 사실임을 알면서 이를 적시하는 행위는 명예훼손에 해당한다고 판시하였다. 즉 연방헌법재판소는 표현의 자유의 보호범위를 어디까지 할 것인가에 있어서 사실적시와 의견 표명을 명백하게 구별하면서, 문제된 사안에서 유럽의회 의원은 일정한 사실을 전달하고자 하였다고 볼 수 없고 이를 접하는 국민들 중에서도 그의 발언내용을 사실로 받아들일 사람은 아무도 없기 때문에 결국 그의 발언은 사실 적시가 아니라 의견 표명이고 따라서 표현의 자유의 보호범위 안에 들어간다고 판시하였다. 뿐만 아니라 표현행위가 사적인 논쟁의 목적으로 행사된 것이 아니라 공개적 여론형성에 기여하고자 하는 것이라면 표현에 의하여 침해되는 법익보호는 후퇴할 수 있고 후퇴되어야 하는데 문제된 발언은 선거운동 과정에서 발생한 것으로, 선거운동 과정에서 각 정당들이 서로 경쟁적으로 국민들의 지지를 호소하기 위하여 정치적 견해의 표명 정도가 최고의 수위까지 도달한다는 점을 감안한다면 올바른 여론 형성을 통한 대의민주주의의 실현을 위하여 선거운동 과정에서의 발언은 표현의 자유를 좀더 넓게 보호해주어야 한다고 판시하였다.

독일 연방법원도 같은 맥락에서 의원 선거 후보자가 선거운동과정에서 상

207) BVerfGE 61. 1.

대후보자의 과거 행적과 관련하여 명예훼손적 발언을 하여 기소된 사건에서, 피해자에게 문제될만한 과거 행적이 있어서 비난받을 기회를 제공하였기에 비난을 감수해야 하고 위와 같은 발언은 형법 제193조의 정당한 이익의 옹호를 위한 발언으로 위법성이 조각된다고 판시하였다.²⁰⁸⁾ 제193조는 표현의 자유라는 기본적 권리가 특별히 반영된 것으로 이는 끊임없는 지적 논쟁을 가능하게 함으로써 자유민주주의 질서 확립을 위한 필수불가결적인 요소이고, 또한 특히 정치적 투쟁, 구체적으로는 선거운동 과정에서 유권자들의 결정은 자유로운 의견의 교환 속에서 가능하므로 이는 매우 중요하다고 판시하였다. 따라서 후보자의 과거 정치행동에 관하여 후보자를 판단하고 비판하는 것은 후보자가 자신의 이익과 상관 없이 공공선을 위하여 일할 사람인지, 믿을만한 사람인지 판단하기 위하여 중요하고 적법한 것으로 널리 인정되어야 한다고 판시하였다.

3. 일본

일본 형법은 우리 형법과 비슷한 내용의 위법성조각사유를 규정한 제230조의2에 제3항을 두어 명예훼손적 적시내용이 공무원, 공직 후보자에 관한 것이라면 그 내용이 진실이라는 점만 입증되면, ‘공공의 이해에 관한 사실’인지 그리고 ‘오직 공익을 도모하기 위한 것인지’에 대한 점을 입증할 필요가 없다고 규정하고 있다. 즉 공무원, 공직 후보자에 대한 내용은 공익성이 추정된다는 것이다. 제230조의2 제3항의 인정근거에 대하여는 공무원을 선정, 파면하는 것은 국민의 고유한 권한이고, 공무원은 국민 전체의 봉사자로서 공무원의 행동은 국민의 감시 하에 두어야 하므로 공무원은 그의 자질과 행동에 대한 국민의 비판을 감수해야 한다고 설명한다.²⁰⁹⁾

208) BGHSt 12, 287.

제230조의2 제3항의 문언만 해석하면 공무원, 공직 후보자에 관한 내용이라면 그의 순수한 사생활에 관한 사실일지라도 객관적으로 진실한 경우 명예훼손죄로 처벌할 수 없게 된다. 그러나 공무원, 공직 후보자에게도 프라이버시권은 보장되어야 하므로 공무원으로서의 자질, 능력과 전혀 관계가 없는 내용에 대한 적시는 제230조의2 제3항의 적용을 받지 않는다는 것이 통설이다. 일본 최고재판소도 같은 입장이다. 자치단체의회 의원이 자치경찰의 존폐에 대하여 폐지론에서 존치론으로 의견을 변경하였는데 이것을 기사게재하면서 비판한 내용이 명예훼손죄로 기소되었다. 구체적인 기사내용은 위 의원의 신체적 장애와 결부시켜 “2~3일의 매우 짧은 기간 동안에 조령모개식의 정조 없는 행동을 하는 것은 한쪽 팔이 없는 것과 같은 편파적인 자치단체의회가 아니고서야 설마 이를 실행할 용기는 없을 것이다. 육체적 외팔이는 정신적인 편파성과 통하는가” 라는 것이었다. 법원은 공무와 아무런 관계가 없는 것(신체적 장애)을 집필, 게재한 것은 신체적 불구자인 피해자에 대한 명예훼손죄에 해당한다고 판시하였다. 즉 공무원에 관한 사실이라고 하여도 그 내용이 공무와 전혀 관계 없는 것에 대하여는 제230조의2 제3항에 의하여 위법성이 조각되지 않음을 명확히 하였다.²¹⁰⁾

4. 소결

검토한 바와 같이 미국은 공인의 공적 영역에 대하여 ‘진실한’ 사실을 적시하는 경우 설령 명예훼손을 초래한다 하더라도 명예훼손죄가 성립하지 않는다. 뿐만 아니라 공인의 공적 영역에 대하여 ‘허위’ 사실을 적시하는 경우에도 ‘현실적 악의의 원칙’이 적용되어 검사가 피고인이 허위사실을

209) 大谷 實, 앞의 책(주60), 171면.

210) 日最判, 1953. 12. 15. 刑集 7권 12호, 2436면.

인식하지 못한 것에 대한 중대한 과실이 있는 정도를 넘어서 악의를 입증해야 한다는 측면에서 명예훼손죄 처벌이 쉽지 않다.

특히 민사사안의 경우는 광범위한 증거개시제도가 인정되어 증거 수집이 비교적 용이한 반면 형사의 경우 증거수집에 어려움이 있는 점, 입증의 정도에 있어서도 민사의 경우 ‘증거의 우위’에 따라 판단하는 반면 형사의 경우 ‘합리적 의심을 배제할 정도의 입증’을 요구하는 점 등 때문에 ‘현실적 악의’에 대한 입증의 어려움으로 명예훼손죄 처벌규정이 있는 주에서도 명예훼손에 대한 기소는 거의 이루어지고 있지 않다.²¹¹⁾

한편 미국 내에서도 ‘현실적 악의의 원칙’에 대한 비판적 시각이 적지 않다. 즉 피고의 허위 사실의 인식 정도에 대하여 적어도 미필적 고의 수준을 요구하고 이를 전적으로 원고에게 입증하도록 하여 입증을 위한 소송자연이 불가피하게 발생하는 점, 공적 인물에 대한 오보가 과도한 보호를 받아 개인의 명예가 지나치게 침해되는 부작용이 있는 점, 허위정보가 제한 없이 보도됨으로 인해 일반 국민들로 하여금 무엇이 진실이고 거짓인지, 무엇이 옳고 그른지 판단하기 어렵게 만들어 결국 국민들에게도 손해라는 점, 소송과정에서도 문제된 표현의 진위 여부를 밝혀 진실을 추구하고자 하는 것보다 현실적 악의 유무에 쟁점이 맞춰지고 있다는 점 등을 문제점으로 주장한다.²¹²⁾

한편 독일은 미국과 같이 ‘현실적 악의의 원칙’과 같은 법리가 존재하지 않으나, 독일 연방법원, 연방헌법재판소 판례 등에서 형법 제193조가 인정된 경우 중 상당수가 발언의 객체가 정치인, 법관 등의 공적 인물인 점에서 결국 공인의 공적 영역에 관하여 사실을 적시하는 경우에는 정당한 이

211) Russell Hickey, A Compendium of U.S. Criminal Libel Prosecution: 1990-2002, Libel Defense Recourse Center Bulletin, Mar. 27, 2002. 97면.

212) David A. Anderson, "Is Libel Law Worth Reforming?", University of Pennsylvania Law Review, Vol. 140, 1991, 510-511면; 엄규호, “공적 인물과 명예훼손-미국 언론법의 ‘현실적 악의’를 중심으로”, 언론중재. 2000 봄호, 80면.

익을 옹호하기 위한 발언으로 보아 명예훼손죄가 성립하지 않는 것으로 판단하고 있는 것으로 생각된다. 물론 이 경우 피고인이 발언 내용이 진실임을 입증하면 형법 제193조를 검토할 필요도 없이 명예훼손죄로 처벌되지 않음은 별론이다. 그리고 설령 허위사실이라고 하더라도 그 허위 여부에 대하여 충분한 심사와 조회를 하였다면 제193조에 의하여 위법성이 조각될 수 있다.

독일 형법 제193조의 정당한 이익 옹호와 관련하여 독일 연방헌법재판소가 제시한 ‘반격의 원칙’이 주목할만한데 우리나라 하급심 판례 중에도 이를 수용하여 명예훼손죄의 위법성이 인정되지 않는다고 판단한 판례가 있다. 선거과정에서의 명예훼손죄를 특별히 처벌하는 규정인 공직선거법의 후보자비방죄로 기소된 사안으로, 위법성 판단에 있어서 위 반격권의 법리를 인용하여 “표현범죄에 있어서는 표현행위가 범죄의 구성요건을 충족하여 타인의 법익을 침해하는 경우라 하더라도 표현의 자유가 민주사회에서 갖는 의미와 가치에 비추어 피침해이익과의 법익형량에 의해 후자의 법익이 보다 중한 경우에 한하여 위법성이 인정된다고 할 것인바, 이른바 반격권의 법리에 의하여 하나의 표현행위가 이전에 행해진 타인의 표현행위에 대한 대응으로서 이루어졌으며, 위와 같은 동기부여에 대한 상당한 대응으로서 양자 상호간에 균형성이 인정되면 위법성은 인정되지 않는다.”라고 판시하였다.²¹³⁾

위 사안은 1991년 부산시의회 의원 지방선거의 무소속으로 입후보한 고소인이(민자당 후보 공천에서 탈락함) 먼저 선거운동인 연설회 과정에서 민자당 후보로 공천받아 입후보한 피고인에 대하여 “돈을 주고 공천을 받은 것으로 의혹이 있다, 위 후보자가 당선이 되면 당의 비밀지령에 따라 지방자치제도에 먹칠을 하고 시 의사당을 이념소굴의 싸움판으로 만들 것이다

213) 부산고법 1992. 6. 17. 선고 92노215 판결.

“라고 비난하는 연설을 하였고 이에 대하여 피고인이 자신의 연설회 과정에서 위 고소인을 겨냥하여 ” 당 공천에서 탈락하자 당을 배반하고 무소속으로 출마하여 당의 공천과정이 잘못 되었다, 정당 공천이 지방자치제를 망가뜨린다는 등의 허무맹랑한 비방을 하고 유언비어를 퍼뜨린다 “는 등의 연설을 한 것에 대하여 후보자비방죄로 기소된 사안이었다.

이에 대하여 판례는 본건 표현이 명예훼손죄의 구성요건에는 해당된다고 한 후, 다만 위법성 측면에서 반격권에 대하여 논하며 “고소인은 공직선거에 출마함으로써 이미 자신을 공공의 비판대 위에 세운 것이며, 이와 같이 자신의 결정에 의해 의견경쟁의 조건에 굴복한 자는 자기의 보호받을 가치 있는 사적 영역의 일부를 포기하는 것이다. 나아가 고소인은 민자당의 공천에 탈락했음에도 불구하고 제1차 합동연설회에서 정당의 공천에서 야기되고 있는 폐단과 정당이 지방자치제에 대해 미치는 해악에 관하여 정치적 견해를 밝힌 바 있었으므로(또 이것은 후보자로서의 당연한 정치적 표현의 권리에 속한다) 그는 그가 제기한 사회적, 정치적 쟁점에 관하여 상대후보자나 언론의 비판을 감수해야 하며, 그 비판이나 비난이 욕설하는 모욕적 내용이 아닌 한 아무리 격렬하고 신랄한 것이라 하더라도 이를 감수하여야 하는 것이다” 라고 판시하여 피고인의 반격권을 인정함으로써 명예훼손죄의 위법성이 조각된다고 판단하였다.

한편 일본은 적시내용의 진위 여부와 상관 없이 명예훼손죄가 성립하는 점, 적시한 사실이 공공의 이해에 관련된 사실로서 진실하고, 공익을 도모하려는 목적이 있음이 인정되면 위법성이 조각되는 점이 우리 형법과 동일하다. 다만 일본은 명예훼손의 객체가 공무원 또는 공선에 의한 공무원 후보자인 경우에는 적시한 사실이 진실에 부합하면 공익성은 당연히 추정된다는 조항이 명시적으로 존재한다는 점에서 우리 형법과 구별된다.

이와 같이 미국, 독일, 일본 각국의 명예훼손법제에 있어서 공통점은 공인

의 공적 영역과 관련된 사안에 대하여 진실한 사실을 적시하는 경우에는 명예훼손죄로 처벌되지 않는다는 것이다. 미국의 경우는 명예훼손죄가 아예 성립하지 않고 독일이나 일본의 경우는 우리나라와 마찬가지로 위법성이 조각된다. 다만 독일의 경우는 진실한 사실임을 피고인이 입증한다면 위법성 조각 여부를 검토할 필요 없이 명예훼손죄로 처벌되지 않는다.

제3절 현행법제 및 판례의 태도

1. 서설

현행법제에 따르면 공인이 수행하는 업무 등 공적 영역과 관련된 것에 관하여 공인의 명예를 훼손할만한 진실을 적시하는 경우, 일단 명예훼손죄에는 해당되고 다만 위법성 조각사유가 인정되면 처벌되지 않는다. 주로 형법 제20조의 정당행위 또는 형법 제310조의 명예훼손죄만의 위법성조각사유 등이 검토된다. 우리 판례 또한 대부분의 사안에서 형법 제310조를 적용하여 위법성조각 여부를 판단하고 있다.

사어버 명예훼손죄의 경우는, 명예훼손적 표현물이 진실하고 공익성이 인정되면 전술한 바와 같이 정통방법 제70조의 구성요건인 ‘비방의 목적’이 부인되어 구성요건해당성이 부인되나, 다시 형법 제307조 제1항이 적용될 수 있고 다만 제310조를 의율하여 위법성 조각 여부를 검토하게 된다.

이하에서는 현행법제 및 판례의 태도를 구체적으로 살펴보고자 한다.

2. 정당행위에 의한 위법성조각

형법 제20조는 ‘법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 벌하지 아니한다’고 규정하고 있다. 이는 모든 위법성조각사유에 우선하는 가장 기본적인 일반적 위법성조각사유로서 정당행위라고 한다. 여기서 사회상규는 국가질서의 존엄성을 기초로 한 국민 일반의 건전한 도의감 또는 법질서 전체의 정신이나 배후에 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인되는 것을 말한다.²¹⁴⁾ 판례는 어떠한 행위가 사회상규에 반하지 않는 정당한 행위로서 위법성이 조각되는 것인지는 구체적인 사정 아래서 합목적적, 합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단되어야 할 것인바, 첫째 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째 보호이익과 침해이익과의 법익균형성, 넷째 긴급성, 다섯째 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다고 판시하고 있다.²¹⁵⁾

검사의 기소요지 진술, 증인의 증언, 피고인과 변호인의 방어권 행사로서의 변론 과정에서 명예훼손적 사실이 적시되는 경우 법령에 의한 행위 내지 업무로 인한 행위로 위법성이 조각될 수 있다. 하급심 판례 중에 피고의 변론내용이 명예훼손죄로 기소된 사안에서 정당행위에 해당하여 위법성이 조각된다고 판단한 것이 있다. 대상 사건은 민사소송 법정에서 피고가, 원고측 증인 갑이 원고와 내연관계에 있다는 취지로 ‘증인 갑은 그 자리에 앉을 자격도 없다, 원고와 내연관계이기 때문에 ‘라고 말하여 명예훼손죄로 기소된 것이었다. 법원은 “피고인으로서의 증인이 법정에서 원고에게 일방적으로 유리한 진술을 하므로 그 진술을 믿을 수 없다고 말하였는데 판사가 그 이유를 묻자 증인이 원고와 내연의 관계에 있기 때문이라고 대답하게 된 사실, 증인과 원고는 통상의 수준을 넘어서는 정도로 경제적 도움을

214) 이재상·장영민·강동범, 형법총론(주 131), 285면.

215) 대법원 2010. 5. 27. 2010도2680 판결.

주고 받는 등 타인의 입장에서는 충분히 내연관계로 볼 수 있을 정도로 친밀한 관계를 유지하여 온 사실 등에 비추어 피고인으로서의 재판과정에서 원고와 친밀한 관계에 있는 증인의 진술로 인하여 재판부가 그릇된 사실 인정을 하지 않을까 우려되어 증인의 증언을 탄핵하기 위하여 위와 같이 말한 것으로 증인의 명예를 훼손하기 위한 의도는 미미하였다고 봄이 상당하고, 그렇다면 피고인의 행위는 동기와 목적, 수단·방법, 피고인의 변론권과 증인의 명예감정과의 이익형량 등을 고려할 때 사회상규에 위배되지 않는 행위로서 형법 제20조의 정당행위에 해당한다”고 판시하였다.²¹⁶⁾

3. 형법 제310조에 의한 위법성 조각

(1) 형법 제310조의 요건

형법 제310조는 제307조 제1항의 행위 즉 사실적시 명예훼손행위가 진실한 사실을 적시한 것이고 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 않는다고 규정하고 있다. 이에 대하여는 개인에 대한 공정한 비판이 형법에 의하여 금지된다면 헌법이 보장하는 언론의 자유는 무의미하게 되고 민주주의의 발전이 저해되므로 개인의 명예보호와 언론의 자유 보장을 조화롭게 해석하기 위하여 위와 같은 특수한 위법성조각사유를 마련하고 있다고 해석된다.²¹⁷⁾

형법 제310조에 의하면 위법성이 조각되는 요건은 첫째 진실한 사실을 적시해야 하고 둘째 공익성이 인정되어야 한다.

우선 적시된 사실이 진실한 사실이어야 한다. 이에 대하여 판례는 “진실

216) 서울지법 2001. 4. 13. 선고 2000노6341 판결.(대법원 2001. 7. 10. 선고 2001도2307 판결 확정).

217) 이재상·장영민·강동범, 형법각론(주 27), 194면.

한 사실이란 그 내용의 전체적 취지를 살펴볼 때 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는 사실이라는 의미로서 일부 자세한 부분이 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있다고 하더라도 무방하다”고 판시하였다.²¹⁸⁾

또한 판례는 영화, 드라마, 소설 등과 같은 예술적 창작물의 경우에는 그 진실성 판단에 있어서 더욱 유연한 태도를 보이고 있다. 역사드라마의 명예훼손 문제가 제기된 사안²¹⁹⁾에서, “역사적 인물을 소재로 한 드라마의 경우, 역사적 사실은 당대에 있어서도 그 객관적 평가가 쉽지 아니한 데다가 시간의 경과에 따라 그 실체적 진실의 확인이 더욱 어려워지는 관계로 이를 소재로 드라마를 창작, 연출함에 있어서는 명백하여 다툼이 없거나 객관적 자료로 뒷받침되는 단편적 사실만을 묶어 현실감 있는 이야기를 전개해 가기에는 근본적 한계가 있다 할 것이어서, 그 필연적 현상으로 연출자 등이 역사적 사실에 대한 작가적 해석 및 평가와 예술적 창의력을 발휘하여 허구적 묘사를 통해서 객관적 사실들 사이의 간극을 메우기 마련이라 할 것이고, 합리적인 시청자라면 역사적 사실의 서술을 주로 하는 기록물이 아닌 허구적 성격의 역사드라마의 경우 이를 당연한 전제로 시청할 것으로 예상되는 이상, 위 허구적 묘사가 역사적 개연성을 잃지 않고 있는 한 그 부분만 따로 떼어 역사적 진실성에 대한 증거가 없다는 이유로 허위라거나 연출자에게 그 허위의 점에 대한 인식이 있었다고 단정하여서는 아니될 것이다”라고 판시하면서 역사드라마가 그 소재가 된 역사적 인물의 명예를 훼손할 수 있는 허위사실을 적시하였는지 여부를 판단함에 있어서는 적시된 사실의 내용, 진실이라고 믿게 된 근거나 자료의 신빙성, 예술적 표현의 자유로 얻어지는 가치와 인격권의 보호에 의해 달성되는 가치의 이익형량은 물론 위에서 본 역사드라마의 특성에 따르는 여러 사정과 드라마의 주

218) 대법원 2007. 12. 14. 선고 2006도2074 판결.

219) 대법원 2010. 4. 29. 선고 2007도8411 판결.

된 제작목적, 드라마에 등장하는 역사적 인물과 사건이 이야기의 중심인지 배경인지 여부, 실존인물에 의한 역사적 사실과 가상인물에 의한 허구적 이야기가 드라마 내에서 차지하는 비중, 드라마상에서 실존인물과 가상인물이 결합된 구조와 방식, 묘사된 사실이 이야기 전개상 상당한 정도 허구로 승화되어 시청자의 입장에서 그것이 실제로 일어난 역사적 사실로 오해되지 않을 정도에 이른 것으로 볼 수 있는지 여부 등이 종합적으로 고려되어야 한다고 판시하였다.

다음으로 오로지 공공의 이익을 위하여 사실을 적시하여야 한다. 즉 적시한 내용이 객관적으로 공공의 이익을 위한 것이어야 하고 주관적으로도 공공의 이익을 위한다는 의도가 인정되어야 한다. 공공의 이익은 국가, 사회 기타 일반 다수인의 이익을 의미한다.

공공의 이익의 의미에 관하여는 상당수의 판례가 축적되어 있는데, 우선 판례는 “공공의 이익에 관한 것이라 함은 널리 국가, 사회 기타 일반 다수인의 이익에 관한 것 뿐만 아니라 특정한 사회집단이나 그 구성원 전체의 이익에 관한 것도 포함되는데, 공공의 이익에 관한 것인지 여부는 적시 사실의 구체적 내용과 성질, 당해 사실의 공표가 이루어진 상대방의 범위, 표현방법 등 표현 자체에 관한 제반 사정을 감안함과 동시에 그 표현에 의하여 훼손되거나 훼손될 수 있는 타인의 명예의 침해의 정도를 비교, 고려하여 결정하여야 하고, 사실을 적시한 행위자의 주요한 목적이 공공의 이익을 위한 것이면 부수적으로 다른 목적이 있었다고 하더라도 인정된다” 고 판시하였다.²²⁰⁾

그리고, “공인의 공적 활동과 밀접한 관련이 있는 사안에 관하여 진실을 공표한 경우에는 원칙적으로 공공의 이익에 관한 것이라는 증명이 있는 것

220) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2008도6342 판결.

으로 보아야 할 것이다” 라고 판시하여 일본 형법규정과 같이 공익성을 추정하는 명시적인 법조문은 없지만 판례에 의하여 해석상 공익성 추정을 인정하고 있다.²²¹⁾ 또한 “개인의 사적인 신상에 관한 사실이라도 그가 관계하는 사회적 활동의 성질이나 사회에 미치는 영향력의 정도 등의 여하에 따라서 그 사회적 활동에 관한 비판 내지 평가의 자료가 된다면 공공의 이익이 인정된다” 고 판시하여 일견 사적 영역과 관련되는 사안에 대하여도 구체적 상황에 따라서 공익성이 인정될 수 있음을 시사하였다.²²²⁾

(2) 형법 제310조의 법률효과

우선 실체법적 효과에 있어서는 통설 및 판례 모두 위법성조각사유로 해석한다. 형법 제310조의 조문 제목 또한 “위법성 조각” 이라고 규정되어 있다.

다음으로 소송법적 효과와 관련하여 증거책임을 누가 지는지에 대한 논의가 존재한다. 학설은 증거책임이 피고인에게 전환되어 적시사실의 진실성 및 공익성에 대한 증거책임을 피고인이 부담하여야 한다는 견해²²³⁾, 증거책임에 관한 형사소송법의 원칙에 따라 형법 제310조의 경우도 위법성 조각사유의 부존재 사유인 적시사실의 진실성 및 공익성이 없음을 검사가 입증해야 한다는 견해 등의 대립이 있는데 후자가 다수설²²⁴⁾이다. 판례²²⁵⁾는 “공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 행위가 형법 제310조의 규정에 따라서 위법성이 조각되어 처벌 대상이 되지 않기 위하여는 그것이

221) 대법원 2006. 10. 13. 선고 2005도3112 판결.

222) 대법원 1996. 4. 12. 선고 94도3309 판결.

223) 유기천, 형법학, 일조각, 1982, 140면.

224) 박상기, 형법각론(주 27), 187면; 배종대, 형법각론(주 27), 290면; 신동운, 형법각론(주 27), 708면; 오영근, 형법각론(주 27), 168면; 이재상·장영민·강동범, 형법각론(주 27), 198면.

225) 대법원 2004. 5. 28. 선고 2004도1497 판결.

진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에 해당된다는 점을 명예훼손적 발언을 한 행위자가 증명하여야 하는 것이고 법원이 적법하게 증거를 채택하여 조사한 다음 형법 제310조 소정의 위법성조각사유의 요건이 입증되지 않는다면 그 불이익은 피고인이 부담하는 것이다” 라고 판시하여 거증책임이 피고인에게 있다는 입장이다. 다만, 증명의 정도에 있어서 “그 증명은 유죄에 인정에 있어 요구되는 것과 같이 법관으로 하여금 의심할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하는 것은 아니라고 할 것이므로 이 때에는 전문증거에 대한 증거능력의 제한을 규정한 형사소송법 제310조의2는 적용될 여지가 없다” 고 판시하여²²⁶⁾ 자유로운 증명만으로 가능하다고 함으로써 입증책임을 피고인에게 전가하는 대신 그 부담을 완화하고 있다.

생각건대, 형법 제310조는 위법성조각사유의 성립요건만을 정하고 있을 뿐 증명에 관하여는 아무런 기재가 없으므로 이를 거증책임을 전환하는 규정이라고 해석하는 판례의 태도는 타당하지 않다. 판례는, 진실성의 입증에 대하여 우리 형법과 달리 입법형식에 있어서 명예훼손죄의 위법성조각사유의 거증책임을 발언행위자에게 전환하도록 명시적으로 규정하고 있는 독일과 일본의 입법해석을 무분별하게 수용한 것에 기인한 것인가 아닌가 생각된다. 따라서 형벌권의 존부와 범위에 관한 사항의 거증책임은 검사에게 있다는 형사소송법의 대원칙에 따라 위법성조각사유의 부존재에 대하여 검사가 증명하고 거증책임을 부담해야 한다는 다수설의 태도가 타당하다고 판단된다.

(3) 진실성의 착오

226) 대법원 1996. 10. 25. 선고 95도1473 판결.

가. 문제 제기

진실성 요건과 관련하여 적시된 사실이 허위인데, 피의자가 진실하다고 믿었고 공공의 이익을 위하여 사실을 적시한 경우가 문제된다. 이 경우 형법 제310조의 적용을 어떻게 하여야 할 것인지에 대하여 판례 및 학설의 태도를 검토하고자 한다.

나. 판례

우리 법원은 “형법 제310조 규정은 인격권으로서의 개인의 명예 보호와 헌법 제21조에 의한 정당한 표현의 자유 보장이라는 상충되는 두 법익의 조화를 꾀한 것이라고 보아야 할 것이므로, 두 법익간의 조화와 균형을 고려한다면 적시된 사실이 진실한 것이라는 증명이 없더라도 행위자가 진실한 것으로 믿었고 그렇게 믿을만한 상당한 이유가 있는 때에는 위법성이 없다” 라고 판시하였다.²²⁷⁾

즉 판례는 피고인이 허위사실을 진실로 착오한 것에 상당한 이유가 인정되면 위법성이 조각된다는 입장이다. 또한 어떠한 경우 상당한 사유가 인정되는지에 대하여는 “행위자가 비록 적시된 사실이 진실이라고 확신하였다 하여도 그것이 건전한 상식에 비추어 상당하다고 인정될 정도의 객관적 상황이 있다는 증거가 없는 이상 위법성이 조각된다고 볼 수 없다” 고 판시하였다.²²⁸⁾ 그리고 구체적으로 적시된 사실이 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있는지의 여부는 적시된 사실의 내용, 진실이라고 믿게 된 근거나 자료의 확실성과 신빙성, 사실 확인의 용이성, 피해자의 피해 정도 등 여러 사정을 종합하여 행위자가 적시 내용의 진위 여부를 확인하기 위하여 적절

227) 대법원 1993. 6. 22. 선고 92도3160 판결.

228) 대법원 1994. 8. 26. 선고 94도237 판결.

하고도 충분한 조사를 다하였는가, 그 진실성이 객관적이고도 합리적인 자료나 근거에 의하여 뒷받침되는가 하는 점에 비추어 판단하여야 한다고 판시하였다.²²⁹⁾

다. 학설

(가) 위법성조각사유 요건사실의 착오설

형법 제310조가 위법성조각사유이고 진실성이 그 요건이므로, 위법성조각사유 요건사실의 착오로 보는 견해이다. 그리고 다시 위법성 인식에 대한 제한적 책임설 입장에서, 사실의 착오는 아니지만 형법 제13조를 유추적용하여 법률효과에 있어서는 구성요건적 착오와 동일하다고 보고 사실의 착오와 같이 취급하여 과실책임만 인정되나 명예훼손죄는 과실범처벌이 없으므로 불가벌이라고 보는 견해²³⁰⁾, 엄격책임설의 입장에서, 형법 제16조의 법률의 착오로 보고 착오에 정당한 이유가 있거나 과실이 없는 경우에는 책임이 조각되지만 정당한 이유가 없거나 과실이 있으면 단순명예훼손죄가 성립된다고 보는 견해가 있다.

(나) 제15조 제1항 적용설

허위사실 적시 명예훼손죄는 형법 제307조 제2항에서 진실한 사실 적시 명예훼손죄는 형법 제307조 제1항에서 모두 처벌하므로 행위자가 진실한 것으로 믿고 사실을 적시하였으나 허위로 밝혀진 경우에는 기본적 구성요

229) 대법원 2012. 12. 13. 선고 2010도8847 판결.

230) 박상기, 형법각론(주 27), 181면; 오영근, 형법각론(주 27), 168-169면; 이재상·장영민·강동범, 형법각론(주 27), 197면.

건과 가중적 구성요건간 착오로서 형법 제15조 제1항에 의하여 구성요건적 착오가 될 뿐이라고 주장한다.²³¹⁾

(다) 위법성 조각설

우선, 허용된 위협의 이론에 의하여 위법성이 조각된다는 견해가 있다.²³²⁾ 행위자가 적시된 사실이 진실이라고 믿을만한 상당한 이유가 있었거나 신중하게 사실을 조사하였음에도 착오를 일으킨 경우에는 허용된 위협의 이론에 기초하여 행위반가치를 탈락시켜 명예훼손행위의 위법성을 조각해야 한다고 주장한다. 반면 상당한 이유가 없거나 신중하게 조사를 거치지 않은 채 경솔하게 허위의 사실을 진실로 오인하고 허위사실을 적시하여 명예를 훼손한 경우에는 형법 제307조 제2항의 고의는 없다고 하더라도 단순명예훼손죄인 형법 제307조 제1항의 고의는 인정되므로 단순명예훼손죄의 형사 책임을 진다고 주장한다.

또한 판례의 입장을 지지하며 위법성이 조각된다는 견해도 있다.²³³⁾ 즉 인격권으로서의 명예보호와 표현의 자유 보호를 조화롭게 해석하기 위하여는 적시한 사실의 진실성에 대하여 착오가 있는 경우 정당한 이유가 인정되면 위법성이 조각된다고 해석하여 민사적으로 불법행위가 성립하지 않도록 하는 것이 타당하고 또한 명예훼손죄 형사재판의 특수성상 사실 여부를 밝히기 어려운 경우가 많은데 무한정 재판이 지연되는 것을 방지하기 위해서도 이와 같이 해석하는 것이 타당하다고 주장한다.

(라) 법률의 착오설

231) 손동권, 새로운 형법각론, 을곡출판사, 2013, 200-201면.

232) 김일수·서보학, 형법각론(주 27), 165면.

233) 신동운, 형법각론(주 27), 711면.

형법 제15조 제1항이 적용되어 형법 제307조 제1항의 사실적시 명예훼손죄가 성립하고, 진실하다고 믿은 것에 대한 상당한 이유가 있는지 형법 제16조에 의하여 법률의 착오에 의하여 판단한다는 견해²³⁴⁾이다.

(마) 검토

위법성조각사유의 전제사실 착오로 보고 제한적 책임설 입장에서 과실범 처벌 규정이 없는 한 무죄로 판단하는 것이 타당하다. 판례는 행위자의 범행 당시의 관점을 기준으로 진실이라고 믿은 상당한 이유가 있는 경우도 진실성의 요건으로 포섭한 것으로 판례의 태도도 일응 이해는 될만하다. 그러나 결과적으로 발생사실과 인식사실의 차이가 있으므로 착오론으로 접근하는 것이 타당하다. 또한 진실성은 위법성조각사유의 요건인 동시에 형법 제307조 제1항의 객관적 구성요건요소이기는 하지만, 자신의 행위가 위법성조각사유의 전제사실을 충족하기 때문에 적법하다고 판단한 사람에게 범죄의 고의가 있다고 보기 힘들기 때문에 형법 제307조 제1항의 범죄 구성요건에 해당한다고 보기도 어렵다고 판단된다.

4. 제310조 적용 여부에 대한 판례의 분석

판례가 명예훼손의 피해자를 공인 내지 공적 존재로 보고 명예훼손죄의 성립 여부를 판단한 사안을 비교 분석하고자 한다. 우리 법원은 민사상 명예훼손 사건에서도 형사사건에 대한 법리를 유추적용하여 법리판단을 하고 있으므로 민사 판결에 대하여도 같이 검토하였다.

234) 김성돈(주 72), 형법각론, 231면.

(1) 위법성 조각을 인정한 사안

가. 축협회장의 농림부장관 비난광고 사건

(가) 사실관계

농림부장관의 협동조합 개혁과 관련하여 의견대립이 있는 상황에서 축협 회장 및 부회장이 농림부장관을 비방할 목적으로, 두 차례에 걸쳐 조선일보, 동아일보, 중앙일보, 한국일보에 ‘농림부장관이 수입쇠고기 판매를 권장하고 있고, 협동조합 통합으로 농약과 비료, 사료 등을 반값 이하로 공급할 수 있다고 광고를 통해 농민을 기만하고 있다’는 내용의 광고 및 ‘농림부장관이 농·축협 강제통합이 제대로 진행되지 않자 국민의 혈세를 장관의 뒷주머니 용돈처럼 사용하여 축협조합장들을 돈으로 회유하는 한심한 일만을 해내고 있다’는 내용의 광고를 게재한 사안이었다.

피고인들은 광고내용이 모두 사실에 부합하고, 축협과 축산업의 이익이라는 오로지 공공의 이익에 관한 내용으로 농림부 장관을 비방할 목적이 없이 광고를 한 것이므로 위법성이 조각된다고 주장하였으나 1심에서는 적시한 내용의 진실성은 인정되나, 광고를 게재한 동기 및 표현 내용, 방법에 비추어 비방의 목적이 인정된다고 판단하여 사실적시에 의한 출판물에 의한 명예훼손죄를 인정하였고 항소심도 1심의 판단을 그대로 유지하였다.

(나) 판시내용²³⁵⁾

235) 2007. 1. 26. 선고 2004도1632 판결.

대법원은 “형법 제309조의 주관적 구성요건인 비방의 목적이란 가해의 의사 내지 목적을 의미하고, 이는 형법 제310조의 공공의 이익과는 상반관계에 있으므로 적시사실이 공공의 이익에 관한 것인 때에는 특별한 사정이 없는 한 비방의 목적은 부인된다 할 것인데, 그 적시사실이 주로 공공의 이익에 관한 것인지 그렇지 않으면 비방의 목적에 기한 것인지 여부는 적시사실의 내용과 성질, 당해 사실의 공표가 이루어진 상대방의 범위, 그 표현의 방법 등 그 표현 자체에 관한 제반 사정을 감안함과 동시에 그 표현에 의하여 훼손되거나 훼손될 수 있는 명예의 침해 정도 등을 비교, 교량하여 판단하여야 한다...(중략) 공인이나 공적 기관의 공적 활동 혹은 정책에 대하여는 국민의 알 권리와 다양한 사상, 의견의 교환을 보장하는 언론의 자유의 측면에서 그에 대한 감시와 비판기능이 보장되어야 하므로 명예를 훼손당한 자가 공인인지, 그 표현이 객관적으로 국민이 알아야 할 공공성, 사회성을 갖춘 공적 관심사안에 관한 것으로 사회의 여론형성 내지 공개토론에 기여하는 것인지, 피해자가 그와 같은 명예훼손적 표현의 위험을 자초한 것인지 여부 등의 사정도 적극 고려되어야 한다. 따라서 이러한 공적 관심사안에 관하여 진실하거나 진실이라고 봄에 상당한 사실을 공표한 경우에는 그것이 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격에 해당하지 않는 한 원칙적으로 공공의 이익에 관한 것이라는 증거가 있는 것으로 보아야 할 것이다.” 라고 판시하였다.

그리고 본 사안에 대하여는 다소 과장되거나 모욕적인 용어를 사용한 부분은 있으나 전체적인 광고취지가 농림부장관이 공식 채택한 수입쇠고기 유통 및 판매의 권장정책에 대한 비판을 주된 내용으로 하고 있고 국내 여러 일간지에서도 위 공문내용에 대한 양측인들 및 관련 단체들의 비난성명을 기사로 소개하고 농림부장관의 위 정책에 대한 비판적 사설을 게재하기

도 한 상황을 고려할 때 공적 관심사안을 대상으로 한 것이므로 공공의 이익이 인정된다고 판단하였다.

(다) 검토

본건 판례에서도 형법 제310조의 위법성 조각사유를 검토하는 단계에서 사실적시의 대상이 공인이나 공적 기관의 공적 활동 혹은 정책인 경우에는 그 내용이 진실하거나 진실이라고 봄에 상당하다면 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격에 해당하지 않는 한 원칙적으로 공공의 이익이 인정된다고 판단하였다.

농림부장관의 수입쇠고기 유통 및 판매의 권장정책은 당연히 공인의 공적 활동 내지 정책이라고 볼 수 있으므로 그 정책에 대하여 비판적 의견을 제개한 것은 형법 제310조에 의하여 위법성이 조각된다고 판단하였다.

특히 판례는 공인이나 공적 기관의 공적 활동 혹은 정책과 같은 공적 관심사안에 관하여 진실하거나 진실이라고 봄에 상당한 사실을 공표한 경우에는 그것이 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격에 해당하지 않는 한 원칙적으로 공공의 이익에 관한 것이라는 점이 인정된다고 실시하여 공인의 공적 영역에 대한 표현의 경우 그 내용이 객관적 진실에 부합하기만 하면 공익성이 추정되어 위법성이 조각된다고 한 것이 주목할 만하다.

나. 국립대 교수 성추행 사건

(가) 사실관계

사단법인 ‘한국여성의 전화’ 대구지부의 공동대표들이 경북대 교수의 강제추행 사건과 관련하여 위 교수에 대한 판결이 선고되기 전에 ‘한국 여성의 전화’ 인터넷 홈페이지의 여성인권란에 대학교 및 교수 성명을 적시하고 “제자 성추행사건-성명서”라는 제목하에 “경북대학교 독어독문학과 교수 ○○○가 같은 학과 여학생을 성추행한 사건이 발생하였다. 가해자 교수는 같은 학과 여학생에게 지속적으로 전화와 이메일 등으로 성희롱을 일삼았으며, 여름방학 중 과외를 해주겠다고 자신의 연구실로 불러 강제로 껴안고 자신의 성기를 만지게 하려 하고 키스를 하려고 할 때 거부하는 피해자에게 완력으로 강제로 얼굴과 목 등에 키스를 하였다. 또한 소파에 강제로 눕히는 등의 행동을 하여 놀라 비명을 지르며 나오는 피해자를 위협하였다. 가해자 교수는 자신의 잘못을 시인하기는 커녕 이 사실을 전면 부인하다가 일부의 사실만을 인정하며 피해자가 자신을 유혹하여 합의가 이뤄진 애정행각이었다는 허위사실을 유포하고 있다”는 글을 게재하였고, 비슷한 시기에 위 글이 포함된 소식지 1,500권을 제작하여 회원 및 각 지부, 대구지역 시민단체 등에 배포하고, 또한 경일대 교수의 준강간 사건에 관하여 위 교수에 대한 판결이 선고되기 전에 위와 같은 방법으로 대학 및 교수의 성명을 적시하고 강간내용을 적시한 사안이었다.

피고인의 변호인은 진실한 사실로서 공공의 이익이 인정되고 설사 허위사실이라 하더라도 허위성에 대한 인식이 없었다고 주장하였으나 1심은 교수의 신분과 실명을 모두 공개하였고 인터넷 홈페이지에 게시하여 인터넷을 사용하는 사람이라면 누구나 위 내용을 볼 수 있는 상태였고, 상당히 장기간에 걸쳐 위 내용이 계속 게재되어 있었던 것으로 보이는 점 등을 참작하면, 오로지 공공의 이익에 관한 것이라거나 비방할 목적이 없었다고 할 수는 없다고 판단하여 경북대 교수에 대한 명예훼손은 사실적시 명예훼손죄

및 사실적시 출판물에 의한 명예훼손죄를, 경일대 교수에 대한 명예훼손은 허위사실적시 명예훼손죄(술에 마취제를 넣어 강간하였다는 내용, 피의자가 상습범이라는 내용이 허위사실로 인정됨)를 인정하였다.

그리고 항소심은 “범죄 사건의 공표와 관련하여는 헌법상 형사피고인에 대한 무죄추정의 원칙이 인정되므로 객관적이고도 충분한 증거나 자료를 바탕으로 범죄 자체에 관한 사실을 공표하여야 할 것이며, 범죄 자체를 공표하기 위하여 반드시 범인이나 범죄 혐의자의 신원을 명시할 필요가 있는 것은 아니며, 범인이나 범죄혐의자에 관한 공표가 범죄 자체에 관한 공표와 같은 공공성을 가진다고는 볼 수 없다고 할 것이다 “라고 판시하면서 경북대 교수가 피해자인 사건에서, ① 피고인들은 특별한 조사를 함이 없이 추행을 당한 사람의 일방적인 진술만을 기초로 하여 강제추행혐의로 기소되기도 전에 사실을 적시한 점, ② 범행이 확정된 듯한 단정적인 표현을 사용한 점, ③ 당시 대부분의 언론에서는 실명을 거론하지 않았는데, 피고인들은 신분과 실명을 명시한 점, ④ 인터넷 홈페이지에 게재함으로써 인터넷을 사용하는 사람이라면 누구나 위 내용을 쉽게 볼 수 있는 상태에 있었고, 또한 상당히 장기간에 걸쳐 위 내용이 계속 게재되어 있었던 점, ⑤ 범죄자에 대한 신상공개는 청소년성보호에관한법률 등 개별 법률에서 정한 적법절차를 거쳐야 되는 점 등 여러 사정에 비추어 볼 때 오로지 공공의 이익에 관한 것이라거나 비방할 목적이 없었다고 할 수는 없다 할 것이라고 판단하였다. 그리고 경일대 교수가 피해자인 사건에 대하여는 허위사실이 적시되어 있고 피고인들이 이 사건에 대하여 특별히 조사도 하지 않은 채 당사자 일방의 주장만을 토대로 내용을 기재하였으므로 허위성에 대한 인식이 없었다고 보기 어려우므로 형법 제310조를 적용할 수 없다고 판단하였다. 결론적으로 1심의 판단을 유지하였다.

(나) 판시내용²³⁶⁾

대법원은 경일대 교수에 대한 명예훼손죄 부분에 대하여는 원심 판단을 유지하였으나 경북대 교수에 대한 명예훼손죄 부분에 대하여는 형법 제310조의 위법성조각사유를 인정하였다.

대법원은 형법 제310조와 같은 특별한 면책조항을 둔 이유는 국민의 알권리와 다양한 사상, 의견의 교환을 보장하는 언론의 자유가 민주주의의 근간이 되는 핵심적인 기본권임에 비추어 개인의 명예 보호와 언론의 자유 보장이라는 두 가지의 기본적 권리를 비교·형량 하여 개인에 대한 공정한 비판의 여지를 열어두기 위한 것임을 고려해야 하는데, 특히 공인의 공적 활동과 밀접한 관련이 있는 사안에 관하여 진실을 공표한 경우에는 원칙적으로 ‘공공의 이익’에 관한 것이라는 증명이 있는 것으로 보아야 할 것이라고 판시하였다.

그리고 본 사안의 경우 “국립대학교의 교수가 자신의 연구실 내에서 제자인 여학생을 성추행을 하였다는 내용으로서 공인의 공적 활동과 밀접한 관련이 있는 내용인 사실, 이와 같이 학내에서 발생한 성폭력 문제는 국민이 알아야 할 공공성, 사회성을 갖춘 공적 관심사안으로서 사회의 여론형성에 기여하는 측면이 강하고 순수한 사적인 영역에 속하는 것이라 할 수 없으며, 특히 피고인들은 성폭력 및 가정폭력으로부터 여성을 보호하는 것을 설립 목적으로 하는 지역 민간단체의 대표들로서 사건 발생 이후 피해 여학생 등과의 상담을 거쳐 사건 내용을 파악하고 경북대학교 학생회 그리고 지역 여성단체들과 함께 비상대책위원회를 구성하여 수사기관과 학교 당국을 상대로 철저한 진상조사와 처벌 그리고 학내 성폭력의 근절을 위한 대책 마련을 촉구하는 활동을 벌이던 중 자신들의 활동내용을 알려 이를 지

236) 대법원 2005. 4. 29. 선고 2003도2137 판결.

지하는 여론을 형성하기 위하여 자신들의 홈페이지의 인권란 또는 소식지의 인권소식란에 그 주장 내용을 담은 성명서를 옮겨 담거나 요약하여 게재하였을 뿐이고 위 피해자와 사이에 어떠한 개인적인 감정도 존재하지 아니하였던 사실, 피해자는 스스로 강제추행을 저질러 위와 같은 명예훼손적 표현의 위험을 자초한 사실, 그리고 그 표현 자체에 있어서도 피해자를 비하하는 등의 모욕적인 표현은 전혀 없고 객관적인 진실과 함께 자신들의 요구사항을 적시하고 있을 뿐인 사실을 인정할 수 있고 따라서 이러한 피해자의 지위, 적시사실의 내용 및 성격, 표현의 방법, 동기 및 경위 등 제반 사정을 종합하여 볼 때 비록 성범죄에 관한 내용이어서 명예의 훼손정도가 심각하다는 점까지를 감안한다 할지라도 인터넷 홈페이지 또는 소식지에 위와 같은 내용을 게재한 행위는 학내 성폭력 사건의 철저한 진상조사와 처벌 그리고 학내 성폭력의 근절을 위한 대책마련을 촉구하기 위한 목적으로 공공의 이익을 위하여 한 것으로 봄이 상당하고, 달리 비방의 목적이 있다고 단정할 수는 없다” 고 판시하였다.

(다) 검토

본건 판례에서도 형법 제310조의 위법성 조각사유를 검토하는 단계에서 사실적시의 대상이 공인의 공적 활동과 밀접한 관련이 있는 사안에 관하여 진실을 공표하는 경우에는 원칙적으로 공공의 이익에 관한 것이라는 증명에 있는 것으로 보아야 한다고 설시하였다.

본건의 경우는 국립대학교 교수가 연구실에서 제자를 성추행한 것은 공인의 공적 활동과 밀접한 관련이 있는 내용이며, 학내 성폭력 문제는 국민이 알아야 할 공공성, 사회성을 갖춘 공적 관심사안에 해당한다고 판단하였다.

그리고 명예훼손의 피해자가 스스로 강제추행을 저질러 위와 같은 명예훼손적 표현의 위험을 자초하였다는 점도 공공의 이익 여부를 판단하는 요소로 고려하였다.

다. 이명박 前 대통령 동영상 사건

(가) 사실관계

이대통령에 대한 비방 동영상을 올린 피의자에 대하여 정보통신망이용촉진 및 정보보호등에 관한 법률위반(명예훼손) 혐의로 검찰이 기소유예 처분을 하자 이에 대하여 피의자가 헌법소원을 청구하였다.

당시 피의자는 인터넷 사이트에 게시되어 있던 이대통령에 대한 비방 동영상을 ‘퍼가기’를 이용하여 자신의 개인블로그(방문자 매일 평균 20명 정도)에 올리면서 제목에 ‘지금 이 땅에서 무슨 일이 일어나고 있는걸까’라고 기재하고 본문에는 ‘이 동영상을 한번 보시라, 지금 이땅에서 무슨 일이 일어나고 있는지를..그리고 우리는 서로에게 물어야 한다. 당신은 촛불을 켜셨나요’라고 기재하였다.

동영상의 내용은 이대통령의 한반도 대운하 정책, 미국산 쇠고기 수입정책 등 정부정책에 대한 비판을 주된 내용으로 하였다.

(나) 판시내용²³⁷⁾

이 사안에서 헌법재판소는 공인인 대통령에 관한 공적 관심사안에 대한 비판은 표현의 자유가 폭넓게 인정되어야 한다는 전제 하에 검찰이 혐의를

237) 헌법재판소 2013. 12. 26.자 2009헌마747 결정.

인정한 기소유예 처분은 피의자의 행복추구권 등을 침해하였다고 결론을 내렸다.

헌법재판소는 표현의 자유에 대하여 “통치권자와 피통치자가 이념상 자동적(自動的)인 자유민주주의 체제하에서는 정치지도자들이 내리는 결정이나 행동에 관해서 충분한 지식을 가지고 있는 국민을 필요로 하고, 자유스러운 표현체계의 유지는 사회구성원의 정치적·사회적인 결단의 형성에 참가하는 것을 확보하는 수단일 뿐만 아니라 사회의 안정과 변혁 사이의 균형을 유지하는 수단이다. 또한 자유민주주의 사회는 전체주의 사회와 달라서 정부의 무류성(無謬性)을 믿지 않으며 정부는 개인이나 일반 국민과 마찬가지로 또는 그 이상으로 오류를 범한 가능성이 있을 뿐만 아니라 권력을 가진 자가 오류를 범한 경우의 영향은 대단히 크다고 하는 역사적 경험을 전제로 하여 정부가 국민의 비판을 수렴함으로써 오류를 최소화할 수 있다는 사고방식을 보편적으로 수용하고 있다. 이와 같이 표현의 자유가 헌법상 가장 중요한 기본권의 하나로 인식되는 것은 통치권자를 비판함으로써 피치자가 스스로 지배기구에 참가한다고 하는 자치정체(自治政體)의 이념을 그 근간으로 하고 있기 때문이다” 라고 평가하였다.

또한 공인이나 공적사안에 대한 표현에 대하여 “역사적으로 보면, 명예훼손 관련 실정법은 권력을 가진 자에 대한 국민의 비판을 제한하고 억압하는 수단으로 쓰여진 측면이 많았었다. 따라서 개인의 명예훼손적 표현에 이 사건 근거조항과 같은 명예훼손 관련실정법을 해석·적용할 때에는 표현의 자유와 명예의 보호라는 상반되는 두 기본권의 조정 과정에 다음과 같은 사정을 고려하여야 한다. 즉, 당해 표현으로 인한 피해자가 공적 인물인지 아니면 사인(私人)인지, 그 표현이 공적인 관심 사안에 관한 것인지 순수한 사적인 영역에 속하는 사안인지, 피해자가 당해 명예훼손적 표현의 위험을 자초(自招)한 것인지, 그 표현이 객관적으로 국민이 알아야 할 공공성·사

회성을 갖춘 사실(알권리)로서 여론형성이나 공개토론에 기여하는 것인지를 종합하여 구체적인 표현 내용과 방식에 따라 상반되는 두 권리를 유형적으로 형량한 비례관계를 따져 표현의 자유에 대한 한계 설정을 할 필요가 있는 것이다. 공적 인물의 공적 활동에 대한 명예훼손적 표현은 그 제한이 더 완화되어야하는 등 개별사례에서의 이익형량에 따라 그 결론도 달라지게 된다.” 라고 판시하였고, 또한 “공직자의 자질·도덕성·청렴성에 관한 사실은 순수한 사생활의 영역에 있다고 보기 어렵고, 공직자 등의 사회적 활동에 대한 비판 내지 평가의 한 자료가 될 수 있고, 업무집행의 내용에 따라서는 업무와 관련이 있을 수도 있으므로 이에 대한 문제제기 내지 비판은 허용되어야 한다.” 고 판시하였다.

다만, “공인 내지 공적인 관심 사안에 관한 표현이라 할지라도 일상적인 수준으로 허용되는 과장의 범위를 넘어서는 명백한 허위사실로서 개인에 대한 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격은 명예훼손으로 처벌될 수 있다. 공적 토론의 장은 개인의 의견과 그에 대한 다른 사람의 비판을 서로 주고받음으로써 형성되는 것인데, 지나치게 개인을 비방하는 표현은 그 개인의 인격권을 침해하는 동시에 여론형성이나 공개토론의 공정성을 해침으로써 정치적 의사형성을 저해하게 되므로, 표현의 자유가 제한될 수 있어야 한다.” 라고 한계를 설정하였다.

(다) 검토

헌법재판소는 기본적으로 표현의 자유를 자유민주주의를 실현하기 위한 핵심적인 국민의 권리라는 전제하에 표현의 자유와 명예권을 이익형량하기 위한 고려인자로서 피해자가 공적 인물인지 및 표현내용이 국민의 알권리

의 대상이 되는 공적 관심사안인지 여부 등을 실시하고 있다. 또한 '피해자가 당해 명예훼손적 표현의 위험을 자초(自招)한 것인지'도 고려해야 한다고 하였는데 이는 독일의 반격권의 법리, 즉 공적인 논쟁 과정에 스스로 참여한 사람은 그 반대 입장에서의 반격을 수인해야 한다는 법리를 고려한 것이라고 평가받는다.²³⁸⁾ 대법원²³⁹⁾도 위와 같은 헌법재판소의 견해를 받아들여 명예훼손 성립 여부를 판단함에 있어서 '피해자가 당해 명예훼손적 표현의 위험을 자초(自招)한 것인지 여부도 고려되어야 한다'고 판시하고 있다.

이에 따라 헌법재판소는 공적 인물의 공적 활동에 대한 명예훼손적 표현은 표현의 자유에 대한 제한이 더 완화되어야 하고 다만 그 표현내용이 일상적인 수준으로 허용되는 과장의 범위를 넘어서는 명백한 허위사실로서 개인에 대한 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격은 명예훼손죄로 처벌해야 한다고 하여 일정한 기준을 제시하고 있다. 다만 이와 같은 기준을 명예훼손죄의 구성요건해당성 판단 단계에서 고려해야 하는 것인지 아니면 위법성 조각사유 검토 단계에서 고려해야 하는 것인지에 대하여는 판시내용만으로는 명확하지 않다.

라. 전북 도지사 절도 피해 사건

(가) 사실관계

전북 도지사인 원고가 사택에서 금품을 도난당하였다고 신고하였고 이후

238) 김진, 앞의 논문(주189), 288면.

239) 대법원 2014. 9. 4. 선고 2012도13718 등 판결.

범인이 검거되었는데, 검거된 범인은 자신이 금품 뿐만 아니라 미화 12만불도 훔쳤는데 수사기관이 이를 은폐하였다는 내용의 진정서를 한나라당에 보냈고, 이후 한나라당측에서 범인을 면담한 후 한나라당 대변인인 피고가 IMF 사태로 나라가 어려운 상황에서(당시 시기는 1999년도임) 전북도지사라는 사람이 미화를 집에 은닉하고 있다는 것은 김대중 정권의 양심의 실상이 어떠하다는 것을 증명하는 것으로 도덕성이 파괴된 정권은 국민 앞에 사건의 진상을 있는 그대로 밝히고 국민의 엄중한 심판을 밝혀야 한다는 내용의 성명을 발표하였고, 이에 대하여 원고가 피고에 대하여 명예훼손으로 인한 손해배상청구를 하였다.

(나) 판시내용²⁴⁰⁾

대법원은 원고의 명예훼손 주장을 받아들이지 않았다.

대법원은 “공공적, 사회적 의미를 가진 사안에 관한 표현의 경우에는 언론의 자유에 대한 제한이 완화되어야 하고 특히 공직자의 도덕성, 청렴성에 대하여는 국민과 정당의 감시 기능이 필요함에 비추어 볼 때, 그 점에 관한 의혹의 제기는 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 쉽게 책임을 추궁해서는 안된다. 정당대변인으로서의 공식적인 정치적 논평의 경우 민주정치 제도하에서는 정당 활동의 자유가 매우 중요하고 정당의 정치적 주장에는 국민의 지지를 얻기 위하여 어느 정도 수사적인 과장 표현은 용인될 수 있으므로 정당 대변인의 정치적 논평의 위법성을 판단함에 있어서는 이러한 특수성을 고려해야 한다.” 라고 판시하였다.

또한 대법원은 “국민적 관심의 대상이 되면서 정치적으로 민감한 사건의

240) 대법원 2003. 7. 8. 선고 2002다64384 판결.

수사에 있어서 수사내용에 대하여는 보안이 철저하게 지켜짐으로써 국민들의 의구심을 해소하기에 아쉬움이 있었던 일이 없지 않았고 바로 이러한 경우에 정당이나 언론의 역할이 필요함은 우리의 경험에서 알 수 있고 따라서 진실규명을 촉구하는 수준을 넘어 단정적인 주장을 하였다고 하더라도 고위공직자의 도덕성에 관한 공적 사안에서 정당 대변인의 정치적 논평의 경우는 위법성을 선불리 인정하여서는 안된다” 라고 판시하였다.

(다) 검토

원심은 본건 피고의 성명 발표행위가 위법성 조각사유에 해당된다는 피고측 주장을 그 내용이 진실이라고 믿을만한 상당한 이유가 인정되지 않는다는 이유로 배척하였는데, 이에 대하여 대법원은 위법성 조각 주장을 배척한 점은 타당하지 않다고 하며 파기환송하였다.

불법행위가 성립하기 위하여는 행위의 위법성이 인정되어야 하는데, 이는 단순한 법률 뿐만 아니라 선량한 풍속, 사회질서 등을 기준으로 실질적으로 판단해야 하고, 일단 불법행위 요건을 충족한다 하더라도 형법과 같이 민법에도 규정되어 있는 정당방위, 긴급피난 등의 위법성조각사유를 통하여 위법성이 조각될 수 있다고 본다. 또한 명예훼손으로 인한 불법행위의 경우 민법에는 형법 제310조와 같은 위법성조각사유가 부재하나 형법 제310조의 위법성조각사유를 민법에도 유추적용할 수 있다는 것이 다수설²⁴¹⁾ 및 판례²⁴²⁾의 태도이다.

241) 한위수(b), “명예훼손과 민사상의 제문제”, 사법논집 제24집, 법원행정처, 1993, 420면.

242) 대법원 1997. 9. 30. 97다24207 판결.

마. 한국논단사건

(가) 사실관계

보수월간지인 한국논단이 “노동운동인가, 노동당운동인가”라는 제목 등으로 민노총, 민변 등을 공격하는 내용의 기사를 게재하였고 이에 민노총, 민변 등이 명예훼손으로 인한 불법행위에 의한 손해배상청구소송을 제기한 사건이었다.

(나) 판시내용²⁴³⁾

대법원은 모든 기사내용에 대하여 명예훼손으로 인한 불법행위책임을 인정한 원심을 뒤집고 일부 기사내용에 대하여 명예훼손을 인정하지 않았다.

대법원은 “당해 표현이 공적인 존재의 정치적 이념에 관한 것인 때에는 특별한 의미가 있다. 그 공적인 존재가 가진 국가·사회적 영향력이 크면 클수록 그 존재가 가진 정치적 이념은 국가의 운명에까지 영향을 미치게 된다. 그러므로 그 존재가 가진 정치적 이념은 더욱 철저히 공개되고 검증되어야 하며, 이에 대한 의문이나 의혹은 그 개연성이 있는 한 광범위하게 문제제기가 허용되어야 하고 공개토론을 받아야 한다. 정확한 논증이나 공적인 판단이 내려지기 전이라 하여 그에 대한 의혹의 제기가 공적 존재의 명예보호라는 이름으로 봉쇄되어서는 안되고 찬반토론을 통한 경쟁과정에서 도태되도록 하는 것이 민주적이다”라고 판시하였다.

243) 대법원 2002. 1. 22. 선고 2000다37524 등 판결.

그리고 “사람이나 단체가 가진 정치적 이념은 흔히 위장하는 일이 많을 뿐 아니라 정치적 이념의 성질상 그들이 어떠한 이념을 가지고 있는지를 정확히 증명해 낸다는 것은 거의 불가능한 일이다. 그러므로 이에 대한 의혹의 제기나 주관적인 평가가 진실에 부합하는지 혹은 진실하다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는지를 따짐에 있어서는 일반의 경우에 있어서와 같이 엄격하게 입증해 낼 것을 요구해서는 안되고, 그러한 의혹의 제기나 주관적인 평가를 내릴 수도 있는 구체적 정황의 제시로 입증의 부담을 완화해 주어야 한다. 그리고 그러한 구체적 정황을 입증하는 방법으로는 그들이 해 나온 정치적 주장과 활동 등을 입증함으로써 그들이 가진 정치적 이념을 미루어 판단하도록 할 수 있고, 그들이 해 나온 정치적 주장과 활동을 인정함에 있어서는 공인된 언론의 보도내용이 중요한 자료가 될 수 있으며, 여기에 공지의 사실이나 법원에 현저한 사실도 활용할 수 있다.” 라고 판시하였다.

(다) 검토

본건 판례는, 우리 대법원이 어떤 표현이 타인의 명예를 훼손하더라도 그 표현이 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것일 때에는 진실한 사실이거나 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있는 경우에 위법성이 없다는 판단기준을 채택하였다고 기본적으로 전제한 후, 공적 존재(본건 판례에서는 ‘공적 인물’이라는 표현 대신 ‘공적 존재’라는 표현을 사용하고 있다)의 정치적 이념에 관한 표현의 경우 공적 존재의 명예 보호라는 이유로 봉쇄되어서는 안된다는 논리를 전개하였는바, 공인의 정치적 이념 등 공적 사안에 관한 표현에 대하여 명예훼손이 문제되

는 경우 위법성 조각 단계에서 형법 제310조의 해당 여부를 검토한 것으로 판단된다.

또한 판례는 적시한 사실의 진실성 여부에 관한 입증책임의 정도와 관련하여 정치적 이념에 대한 사실일 경우 의혹의 제기나 주관적인 평가를 내리게 된 구체적 정황의 제시 정도로 입증의 부담을 완화해 주어야 한다고 판시하였는데, 이는 민사사건에서 피고가 위법성조각사유의 존재를 입증해야 하는 점을 고려한 결과로 보여진다. 그런데 형사사건의 경우도 판례는 거증책임을 전환하여 진실성의 거증책임이 피고인에게 있다고 보고 있기 때문에 그 입증방법에 있어서 자유로운 증명으로 족하다고 보는 등 입증정도를 완화해주고 있고 이는 같은 맥락으로 보여진다.²⁴⁴⁾

바. 동아일보사 주식투자 보도 사건

(가) 사실관계

동아일보사가 금융기관에서 싼 이자로 돈을 빌려 주식투자를 하여 막대한 영리를 취하였다는 취지의 뉴스를 보도한 것에 대하여 동아일보사에서 문화방송을 상대로 명예훼손의 불법행위로 인한 손해배상을 청구한 사건이었다.

(나) 판시내용²⁴⁵⁾

244) 대법원 1996. 10. 25. 선고 95도1473 판결.

245) 대법원 2006. 3. 23. 선고 2003다52142 판결.

대법원은 “명예훼손 여부가 문제되는 표현이 언론사에 대한 것인 경우에는, 언론사가 타인에 대한 비판자로서 언론의 자유를 누리는 범위가 넓은 만큼 그에 대한 비판의 수인 범위 역시 넓어야 하고, 언론사는 스스로 반박할 수 있는 매체를 가지고 있어서 이를 통하여 잘못된 정보로 인한 왜곡된 여론의 형성을 막을 수 있으며, 일방 언론사의 인격권의 보장은 다른 한편 타방 언론사의 언론자유를 제약하는 결과가 된다는 점을 감안하면, 언론사에 대한 감시와 비판 기능은 그것이 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 쉽게 제한되어서는 아니 된다고 할 것이다.” 라고 판시하였다.

또한 형법 제310조의 위법성조각사유의 검토에 있어서 공익성 요건과 관련하여, “언론사의 주식투자가 법률상 명시적으로 금지되어 있는 것은 아니나 언론사가 특정 회사의 주식을 매입하는 등의 투자활동을 할 경우 객관적이고 공정하게 그 회사와 관련된 정보를 제공하고 보도를 할 수 있는지는 의문이 제기될 수 있고, 소속 기자들도 투자 대상 회사가 보도의 대상이 되는 경우 현실적으로 상당한 부담감을 가질 수 있고, 언론수용자인 독자나 시청자들로부터 공정성과 독립성에 대한 의혹과 불신을 살 수도 있다는 점에 비추어 보면, 언론사의 주식투자 문제에 관한 공적 논쟁을 촉발시킬 수 있는 이 사건 방송보도는 공공의 이해에 관한 사항이라고 할 것이고, 그 목적도 공익을 위한 것으로 판단된다고 판시하였다.”

그리고 언론사는 비록 영리를 추구하는 사업체의 성격도 갖으나 동시에 민주국가에서 올바른 여론을 형성하는 공적인 역할을 수행한다는 차원에서 공적 존재라고 볼 수 있는데, 그에 대한 의문이나 의혹은 그 개연성이 있는 한 광범위하게 문제제기가 허용되어야 하고, 악의적인 공격이라고는 보이지 않은 점에 비추어 보면, 위와 같은 의혹제기는 언론의 자유 범위 내에 속하는 것으로 정당하다고 하면서 본건 표현내용의 경우 전반적으로 객관적 진

실에 부합하고, 악의적 공격이라고 보여지지 않으므로 위법성조각사유 중 진실성 요건도 충족한다고 판단하였다.

(다) 검토

본건 판례도 어떤 표현이 타인의 명예를 훼손하더라도 그 표현이 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것일 때에는 진실한 사실이거나 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있는 경우에 위법성이 없다고 기본적으로 전제한 후 공적 존재인 언론사에 대한 의문이나 의혹은 그 개연성이 있는 한 광범위하게 문제제기가 허용되어야 한다고 설시하고 있으므로 역시 형법 제310조의 위법성 조각사유를 검토하는 단계에서 위법성이 없다고 한 것으로 판단된다.

특히 본건 판례는 언론사를 민주국가에서 올바른 여론을 형성하는 공적인 역할을 수행한다는 측면에서 공적 존재로 보고, 공적 인물에 대한 명예훼손 여부를 판단할 때 고려하는 기준인 적시내용이 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 넓게 인정되어야 한다는 것을 그대로 적용하여 명예훼손죄 처벌 여부를 검토하였다는 점에서 주목할 만하다.

(2) 위법성 조각을 부정한 사안

가. 술자리 추태 보도 사건

(가) 사실관계

인터넷 신문인 오마이뉴스에 “각테일바 여사장 H씨가 오마이뉴스 기자와 만나 ‘주의원(한나라당 국회의원)이 술을 마시던 중 여성 성기를 비유한 욕설을 하면서 추태를 부렸다, 차마 말로 읊기지 못할 정도로 심한 성적 모욕감을 느꼈다고 주장했다” 는 내용 등의 기사가 실린 것에 대하여 정통망법위반(명예훼손)죄(허위사실 적시)로 기소된 사안이다.

(나) 판시내용²⁴⁶⁾

언론·출판의 자유와 명예보호 사이의 한계를 설정함에 있어서는 당해 표현으로 인하여 명예를 훼손당하게 되는 피해자가 공적인 존재인지 사적인 존재인지, 그 표현이 공적인 관심 사안에 관한 것인지 순수한 사적인 영역에 속하는 사안에 관한 것인지 등에 따라 그 심사기준에 차이를 두어 공적인 존재나 공적인 관심 사안에 대한 감시와 비판 기능은 그것이 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 쉽게 제한되어서는 아니 된다고 기본적으로 전제하였다.

그리고 ‘사람을 비방할 목적’이란 가해의 의사 내지 목적을 요하는 것으로서 공공의 이익을 위한 것과는 행위자의 주관적 의도의 방향에 있어 서로 상반되는 관계에 있다고 할 것이므로, 적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 비방할 목적은 부인된다고 봄이 상당하지만, 독자, 시청자, 청취자 등은 언론매체의 보도내용을 진실로 신뢰하는 경향이 있고, 언론매체는 이러한 신뢰를 기반으로 사회에 대한 비판·감시기능을 수행하는 것이라는 점 등을 고려하면, 언론매체가 피해자의

246) 대법원 2008. 11. 27. 선고 2007도5312 판결.

명예를 현저하게 훼손할 수 있는 보도내용의 주된 부분이 허위임을 충분히 인식하면서도 이를 보도하였다면 특별한 사정이 없는 한 거기에는 사람을 비방할 목적이 있다고 볼 것이라고 판시하면서, 사안의 경우 H사장으로부터 명확하게 들은 이야기가 아니고 당시 술자리에 있었던 사람들에게 사실을 확인하는 절차를 거치지 않은 점 등을 근거로 유죄로 인정하였다.

(다) 검토

판례는 공적인 존재나 공적인 관심 사안에 대한 감시와 비판 기능은 그것이 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 쉽게 제한되어서는 아니 된다고 기본적으로 전제하면서도, 언론매체의 사회적 역할을 고려할 때 보도 내용의 주된 부분이 허위임을 충분히 인식한 경우에는 비방할 목적이 인정된다고 하여 언론매체의 법적 책임을 엄중하게 판단함을 알 수 있다.

나. 국무총리 양주파티 보도 사건

(가) 사실관계

인터넷 신문에서 국무총리가 폭설 피해현장에서 양주파티를 벌였다는 내용으로 기사를 내보내자 국무총리가 이에 대하여 명예훼손의 불법행위로 인한 손해배상을 청구한 사건이었다.

(나) 판시내용²⁴⁷⁾

247) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2008다53805 판결.

대법원은 “공직자의 도덕성·청렴성이나 그 업무처리가 정당하게 이루어지고 있는지 여부는 항상 국민의 감시와 비판의 대상이 되어야 한다는 점을 감안하면, 이러한 감시와 비판 기능은 그것이 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 쉽게 제한되어서는 아니 된다. 그러나 언론이 보도를 함에 있어 그 언론보도의 내용이나 표현방식, 의혹사항의 내용이나 공익성의 정도, 공직자 또는 공직 사회의 사회적 평가를 저하시키는 정도, 취재과정이나 취재로부터 보도에 이르기까지의 사실확인을 위한 노력의 정도, 기타 주위의 여러 사정 등을 종합하여 판단할 때, 그 언론보도가 공직자 또는 공직 사회에 대한 감시·비판·견제라는 정당한 언론활동의 범위를 벗어나 악의적이거나 심히 경솔한 공격으로서 현저히 상당성을 잃은 것으로 평가되는 경우에는, 비록 공직자 또는 공직 사회에 대한 감시·비판·견제의 의도에서 비롯된 것이라고 하더라도 이러한 언론보도는 공직자 등의 수인의 범위를 넘어 명예훼손이 되는 것으로 보지 않을 수 없다”고 판시하면서 본건의 경우 보도내용의 진위 여부에 대하여 충분한 조사를 하지 않았고 악의적인 보도로 보여진다고 판단하여 명예훼손을 인정하였다.

(다) 검토

본건 판례도 어떤 표현이 타인의 명예를 훼손하더라도 그 표현이 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것일 때에는 진실한 사실이거나 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있는 경우에 위법성이 없다고 기본적으로 전제한 후, 공직자의 도덕성, 청렴성, 업무처리가 정당하게 이루어지고 있는지 여부에 대한 표현은 악의적이거나 현저히 상당

성을 잃은 공격이 아닌 한 쉽게 제한되어서는 안된다고 실시하고 있으므로 역시 위법성 조각사유로서 검토한 것으로 판단된다.

또한 판례는 표현행위자가 언론사인 경우에는 올바른 여론이 형성되도록 기여해야 하는 것이 언론사의 사회적 책임이라는 점에서 표현내용의 진위 여부에 대한 조사의무의 정도를 엄격히 부여하여 이에 미치지 못하는 경우 진실이라고 믿을만한 상당한 이유가 없고 나아가 악의성까지도 인정하고 있음을 알 수 있다.

(3) 기타- PD수첩 사건

(가) 사실관계

‘PD수첩’ 방송에서, 미국산 쇠고기 수입협상의 협상단 대표 및 주무부처 장관이 미국산 쇠고기의 광우병 위험성 실태를 제대로 확인하지 않고 일을 진행한 것에 대하여 자질 및 공직수행의 자세를 비판하였고, 이에 대하여 허위사실 적시 명예훼손죄로 기소되었다.

(나) 판시내용²⁴⁸⁾

대법원은 피고인들의 명예훼손 범의가 없는 것으로 판단하여 무죄를 선고하였다.

대법원은 명예훼손죄 심사에 있어서 ‘공적 존재에 대한 공적 관심사안’

248) 대법원 2011. 9. 2. 선고 2010도17237 판결.

과 ‘사적인 영역에 속하는 사안’ 간에는 심사기준에 차이를 두어야 하고 후자의 경우는 언론의 자유보다 명예보호라는 인격권이 우선할 수 있으나 전자의 경우는 언론의 자유에 대한 제한이 완화되어야 한다는 기본적 입장을 밝혔다.

또한 “정부 또는 국가기관의 정책결정이나 업무수행과 관련된 사항은 항상 국민의 감시와 비판의 대상이 되어야 하는 것이고, 이러한 감시와 비판은 이를 주요 임무로 하는 언론보도의 자유가 충분히 보장될 때에 비로소 정상적으로 수행될 수 있으며, 정부 또는 국가기관은 형법상 명예훼손죄의 피해자가 될 수 없으므로, 정부 또는 국가기관의 정책결정 또는 업무수행과 관련된 사항을 주된 내용으로 하는 언론보도로 인하여 그 정책결정이나 업무수행에 관여한 공직자에 대한 사회적 평가가 다소 저하될 수 있다고 하더라도, 그 보도의 내용이 공직자 개인에 대한 악의적이거나 심히 경솔한 공격으로서 현저히 상당성을 잃은 것으로 평가되지 않는 한, 그 보도로 인하여 곧바로 공직자 개인에 대한 명예훼손이 된다고 할 수 없다.”고 판시하면서, 피고인들에게 피해자들의 명예를 훼손한다는 점에 대한 인식이 있었다고 보기 어렵다고 판단하였다.

(다) 검토

이 사안은 피고인의 고의를 배척하여 구성요건해당성 자체를 인정하지 않은 것으로 위법성을 조각한 것은 아니다. 그러나 법리적 논의에 있어서 형법 제310조 적용 여부를 검토한 위 판례들과 같은 맥락에 있으므로 검토하였다. 판례는 정부 또는 국가기관의 정책결정이나 업무수행과 관련된 사항은 항상 국민의 감시와 비판의 대상이 되어야 하는 것이고, 이러한 감시와

비판은 이를 주요 임무로 하는 언론보도의 자유가 충분히 보장될 때에 정상적으로 수행될 수 있음을 기본적으로 전제하고, 정부 또는 국가기관은 명예훼손죄의 피해자가 될 수 없으므로 정책결정이나 업무수행에 관여한 공직자에 대한 표현이 공직자 개인에 대한 악의적이거나 심히 경솔한 공격으로서 현저히 상당성을 잃은 것으로 평가되지 않는 한 명예훼손이 된다고 할 수 없다고 설시하였다.

여기서 주목할 부분은 “정부 또는 국가기관이 명예훼손죄의 피해자가 될 수 없듯이 그에 소속되어 업무를 수행하는 공직자의 정책결정이나 업무수행에 관한 표현은 예외요건에 해당하지 않는 한 명예훼손죄에 해당되지 않는다”고 설시한 부분이다. 물론 정부 또는 국가기관이 아닌 한 공직자도 명예훼손죄의 객체가 된다는 전제 하에 형법 제310조의 위법성 조각 여부를 검토하는 것이 현재 판례의 입장이나, 이는 현행법 체계상 어쩔 수 없는 결정이고 법원의 판단 저변에는 명예훼손죄의 피해자가 아닌 정부 또는 국가기관에 속한 공직자도 예외요건에 해당되지 않는 한 명예훼손죄의 피해자로 보지 않는 것이 타당하다는 속마음이 깔려 있는 것이 아닌가 조심스럽게 추측해볼 수 있지 않을까 생각된다.

(4) 소결

검토한 바와 같이 우리 헌법재판소와 대법원은 자유민주주의 체제하에서의 국민들이 정치적 의사형성과정에 참여하여 자기통치를 실현할 수 있도록 명예의 보호와 표현의 자유라는 두 기본권의 이익 형량을 함에 있어서 표현의 자유를 넓게 보장해야 한다는 것이 기본적인 입장임을 알 수 있다. 따라서 공적 인물 또는 공적 존재의 공적 활동과 밀접한 관련이 있는 사안

에 대한 의사표현의 자유를 넓게 보장하여 그 표현내용이 일상적인 수준으로 허용되는 과장의 범위를 넘어서는 명백한 허위사실로서 개인에 대한 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격으로 인정되는 경우에만 명예훼손으로 처벌될 수 있다고 일관적으로 판시하고 있다.

판결 중에는 이대통령 비방 동영상 사건처럼 적시내용이 “명백한 허위사실” 이어야 한다고 명확히 기재한 것도 있으나 “공적 인물 개인에 대한 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격” 이라고만 기재하여 적시한 내용이 진실인 경우에도 위 요건에 해당하면 명예훼손죄로 처벌할 수 있는 것처럼 해석될 수 있으나, 구체적인 사안에 대한 판단에서 “적시한 내용이 진실이기 때문에 악의적이거나 심히 경솔한 공격으로서 현저히 상당성을 잃은 것으로 볼 수 없다” 라고 하던지 아니면 “적시한 내용이 진실이 아닐 뿐만 아니라 내용의 정확성에 대하여 충분히 의심할 사항이 있었음에도 손쉬운 미진한 조사만 한 채 진실로 속단하고 사실을 적시한 경우 악의적이거나 심히 경솔한 공격으로 명예훼손죄에 해당한다” 라고 판시함으로써 적시 내용이 진실한 경우에는 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아니라는 점을 명확히 하고 있다.

뿐만 아니라 공적 인물 또는 공적 존재의 공적 활동과 밀접한 관련이 있는 사안임이 인정되고 그 내용이 진실하다면 형법 제310조의 위법성조각사유 중 공공의 이익에 관한 것이라는 점이 추정되고 따로 입증할 필요가 없다고까지 판시하고 있다.

즉 비록 대법원 판례가 형법 제310조의 위법성조각사유로 접근을 하고는 있으나 사실상 공인의 공적 업무에 대한 진실을 공표하는 경우에는 처벌을 하지 않고 있고, 이는 법원도 이를 명예훼손죄로 처벌하는 것이 타당하지 않다는 것을 시인하고 있음을 보여주는 것이라고 하겠다.

그러나 현행 형법 체계에 의하면 명예훼손죄가 성립하는 사실 적시의 대상이 제한이 없으므로 공인의 공적 영역에 대한 진실한 사실을 적시한 경우에도 일단은 사실 적시 명예훼손죄의 구성요건에 해당되고 다음 단계인 위법성 조각 여부를 검토하는 과정에서 형법 제310조의 위법성 조각사유인 진실성 및 공익성 요건에 해당할 경우 위법성이 조각된다고 하고 있으므로 판례도 이에 따라 위법성 조각 검토 단계에서 공인의 공적 영역에 대한 사실 적시라는 특수한 상황을 판단하고 있는 것으로 보인다. 이는 명예훼손의 불법행위에 기한 손해배상청구가 문제된 민사 사안에서도 마찬가지로 보여진다.

한편, 공직자 등 공적 인물에 대한 일정한 사실적시가 명예훼손죄에 해당되는지와 관련하여 법원이 판시하고 있는 “해당 표현이 일상적인 수준으로 허용되는 과장의 범위를 넘어서는 명백한 허위사실로서 개인에 대한 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격으로 인정되는 경우 명예훼손으로 처벌될 수 있다”는 부분은 미국의 ‘현실적 악의의 원칙’ (actual malice rule)과 비슷하게 느껴지나, 우리 대법원판례는 민사판결에서 명시적으로 수용을 거절하였다.

‘현실적 악의의 원칙’ (actual malice rule)은 공직자에 대한 명예훼손의 경우 명예훼손 발언내용이 허위라는 것 및 피고가 허위임을 알았다거나 허위 여부에 대하여 주의를 전혀 기울이지 않았다는 것이 충족되어야 명예훼손이 성립하고 위 요소들을 원고가 입증하도록 하는 원칙인데, 대법원은 “언론의 특성상 공직자의 윤리 및 비위사실에 관한 보도에 있어서는 특별히 보도의 내용이 허위임을 알았거나 이를 무분별하게 무시한 경우에만 상당한 이유가 없다고 보아야 할 것이라거나 상당한 이유에 대한 입증책임을 피해자가 부담해야 할 것이라는 등의 상고이유의 주장은 독자적인 견해에 불과하여 받아들일 수 없다.” 라고 판시하여 ‘현실적 악의의 원칙’의 수

용을 명시적으로 거부하였다.²⁴⁹⁾

이와 같은 대법원 판례에 대하여는 한국과 미국은 명예관념²⁵⁰⁾, 헌법상 언론의 자유의 보장 정도 등이 다른 점, 미국의 위 법리는 명예훼손에 있어서 지나친 손해배상이라 보여지는 징벌적 손해배상 책임을 배제하기 위한 것인데 한국에는 이와 같은 강력한 민사제제가 없는 점 등을 고려한 판결이라는 해석이 있다.²⁵¹⁾ 한편 ‘현실적 악의의 원칙’의 국내수용을 반대하는 논거로서 미국은 민사소송절차법상 증거개시 제도에 의하여 피고가 가진 관련자료를 원고가 접근할 수 있으므로 입증책임을 원고에게 부담지우더라도 이를 통하여 원고가 ‘현실적 악의’를 입증할 수 있는 반면 우리나라는 피고가 보유한 자료의 제출을 강제할 수 있는 방법이 없어 원고가 입증하는 것은 불가능하다는 견해도 있다.²⁵²⁾ 또한 헌법 차원의 차이를 주장하는 견해도 있다. 즉 미국은 수정헌법 제1조에서 연방의회는 언론·출판의 자유를 제한하는 권리를 제한하는 법률을 제정할 수 없다고 규정하여 표현의 자유에 대한 예외를 인정하지 않는 반면에, 우리 헌법은 제21조 제4항에서 “언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다”고 규정하여 언론에 의한 명예훼손의 경우 손해배상 책임을 헌법차원에서 인정하고 있다. 즉 명예훼손으로 입은 피해에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다는 권리를 헌법상 권리로 규정하고 있다. 미국의 공인 이론은 표현의 자유에 대한 제한을 하

249) 대법원 1997. 9. 30. 선고 97다24207 판결.

250) 즉 우리나라는 농경국가로서 한 지역에 오래 정주하는 생활을 하여 왔고 명분을 중요시하는 유교의 영향 등으로 명예가 극히 중요한 사회적 가치를 형성하는데 비하여 미국은 이민자들이 개척한 국가답게 명예와 같은 명분보다는 실질을 중시하는 실용주의적 사고방식이 지배하고 있다는 설명도 있다.[한위수(a), 앞의 논문(주184), 179-180면].

251) 조국(a), “사실적시 명예훼손죄 및 모욕죄의 재구성”, 형사정책 제25권 제3호, 2013, 15-17면.

252) 한위수(a), 앞의 논문(주184), 181-182면.

는 법률을 제정할 수 없다는 수정 헌법 제1조에 그 근거를 두고 있지만 우리 헌법은 명예훼손에 대한 손해배상을 요구할 수 있는 권리를 헌법상 권리 내지 가치로 본다는 점에서 미국과 상이하다는 것이다.²⁵³⁾

한편 판례는 공인의 정치적 이념에 관한 표현의 경우에는 정치적 이념의 성질상 표현내용이 객관적 진실에 부합함을 정확히 입증하는 것은 거의 불가능하므로 엄격한 입증을 요구해서는 안되고 그러한 사실을 적시하게 된 구체적 정황, 즉 대상자의 정치적 주장 및 활동, 이와 관련된 언론보도내용 등을 제시하는 정도로 입증부담을 완화해주어야 한다고 판시하고 있다.

5. 검토

앞서 외국의 입법례와 비교하였을 때 우리나라의 법제는 상대적으로 표현의 자유를 덜 보호하고 명예훼손죄를 엄히 처벌하는 것이 아닌가 생각된다. 미국과 독일은 적시내용의 진실성이 입증되면 공익성을 불문하고 명예훼손죄가 성립하지 않고, 일본은 위법성 조각에 있어서 피해자가 공무원 등 공인인 경우에는 적시내용의 공익성이 추정된다는 명시적인 조문이 있기 때문이다. 물론 한 나라의 법률은 그 나라의 고유한 권리의식과 법문화의 영향 안에서 형성되기 때문에 다른 나라들의 입법방향과 내용이 항상 옳다고 할 수 없고 그것을 맹목적으로 따라갈 필요는 없으나 보편적인 권리의식과 법문화는 따르는 것이 타당하다고 생각된다. 공인의 직무수행 등 공적 영역과 관련된 진실을 공표하는 것은 국민의 당연한 기본권 행사라는 것이 지금의 보편적인 권리의식이고 법문화이다.

253) 김재형(b), 앞의 논문(주47), 81면.

제4절 비범죄화의 필요성

1. 비범죄화에 관한 다양한 논의

(1) 문제제기

수 년 전부터 세계적인 추세가 명예훼손죄를 비범죄화하는 방향으로 나아가고 있고, 국내 학계에서도 최소한 사실적시 명예훼손죄는 폐지해야 한다는 주장이 확대되고 있다. 뿐만 아니라 국회에서도 수 년전부터 명예훼손죄에 대한 형법 개정안이 꾸준히 발의되었으나 모두 제대로 본회의에서 심사되지 않은 채 임기만료로 폐기되었다. 그리고 현재도 금태섭 의원이 2016년 9월에 발의한 형법 일부개정법률안이 국회에 심사 계류 중에 있다.

비범죄화의 방향에 대한 논의는 크게 전면적 비범죄화와 사실적시 명예훼손죄의 비범죄화로 구분될 수 있다.

(2) 전면적 비범죄화 주장에 대한 비판적 검토

최근 미국을 비롯한 많은 국가에서 명예훼손죄는 국가 권력이 여론을 통제하기 위하여 만든 권력의 산물임을 비판하면서 전면적 폐지 움직임을 보이고 있다. 예를 들어 뉴질랜드는 1992년 형법상 명예훼손죄를 폐지하였고, 영국은 2010년 1월 반정부 명예훼손죄 및 형법상 명예훼손죄를 폐지하였으며, 미국은 전술한 바와 같이 대다수의 주법들이 명예훼손죄를 폐지하였다.²⁵⁴⁾ 일본의 경우도 이러한 세계적 추세에 따라 명예훼손죄에 대한 형

254) 손태규, “형법상 명예훼손죄의 폐지-한국과 세계 각국의 비교연구-”, 공법연구 제41집, 제2호, 한국공법학회, 2012, 391-393면.

법규정은 위헌의 소지가 있으므로 형사제도를 폐지하고 민사소송으로 일원화하는 것을 검토해야 한다는 의견이 적지않다.²⁵⁵⁾ 또한 2011년 3월 유엔인권위원회(UN Human Rights Committee) 제17차 회기에서 제출된 대한민국 실태조사 보고서 및 2015년 11월 유엔 산하 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약위원회(ICCPR)의 폐지권고안은 우리나라의 형법상 명예훼손죄에 대하여 비판하면서 폐지를 권고한 바 있다.²⁵⁶⁾

명예훼손죄의 전면적 폐지를 주장하는 미국 등 외국학자들은 명예훼손죄가 제정된 배경 자체가 국가 권력기관이 여론을 통제하기 위한 불순한 의도에 기인하였고 역사적으로도 언론의 자유를 탄압하는 권력의 도구로 사용되었다고 주장한다. 영국의 최초 명예훼손법은 13세기 왕, 귀족 등의 명예를 훼손하는 이야기를 출판하거나 말을 한 사람을 투옥하는 내용의 반정부 명예훼손법으로²⁵⁷⁾, 권력자들은 민사소송으로는 정부 및 귀족 등 공직자의 공공의 평가를 저하시키는 비판을 통제할 수 없다고 판단하여 명예훼손죄 처벌을 엄하게 집행하였다고 한다. 또한 설사 발언의 내용이 진실이라고 하더라도 정부나 공직자의 권위 및 그에 대한 백성들의 존경을 떨어뜨리므로 진실의 향변을 받아들이지 않았다고 설명한다.²⁵⁸⁾

또한 형사소송의 경우 개인보다 훨씬 권력이 큰 정부가 수사 및 재판을 담당하게 되는데 피해자가 공직자나 권력자일 경우 법의 적용이 정치에 휘둘릴 수 있고,²⁵⁹⁾ 형법상 명예훼손죄의 존재 자체만으로 국민들로 하여

255) 山元一, “真实性の 抗弁”, 法学教室 제236호, 2000, 12면(최관호 “표현의 자유에 대한 형사법적 규제의 법리와 그 대안”, 민주법학 제50호, 2012, 434면 재인용).

256) 김성돈(b) “진실적시명예훼손죄 폐지론”, 형사정책연구 제27권 제4호, 2016, 94면.

257) John Kelly, "Criminal Libel and Free Speech", Kansas Law Review, 6, 1958, 298면.

258) Norman L. Rosenberg, Protecting the Best Men: An Interpretive History of the Law of Libel, University of North Carolina Press, 1986, 4면.

259) Jo M. Pasqualucci, "Criminal Defamation and Evolution of the Doctrine of Freedom of Expression in International law: Comparative jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights", Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol 39, 2006, 403-404면.

금 의견을 표현하기 이전에 자기검열을 하게 하는 등 위축효과를 가져와 언론의 자유에 심각한 위협을 초래한다고 주장한다.²⁶⁰⁾

즉 명예훼손죄의 전면적 폐지를 주장하는 학자들의 주된 논리는 정치인 등 공직자 및 국가 권력기관이 형사상 명예훼손죄를 정치적으로 악용하여 국민의 알권리 및 표현의 자유를 침해한다는 것이다. 그리고 국가 권력기관에 의한 국민의 알권리 및 표현의 자유를 침해하는 경우와 무관한 명예훼손의 경우에도 피해자는 형사소송이 아니더라도 민사상 손해배상 및 반론권을 활용하여 충분히 보호받을 수 있다고 주장한다.²⁶¹⁾

국내에서 명예훼손죄의 전면적인 비범죄화를 주장하는 견해는, 첫째 국가 형벌권의 행사는 국가권력의 가장 강력한 힘을 행사하는 것으로 대상자에게 가장 가혹한 강제력에 해당하므로 형법으로 범죄로 규정할 때는 항상 최소한 행위에 국한해야 하는데 명예훼손이 사회질서를 위태롭게 할 정도의 범죄는 아니라는 점, 둘째 전체 법질서 속에서 다른 규범으로 형법이 보호하려는 법익을 보호할 수 있다면 형법은 그 규범에 양보해야 하는데 형법은 가해자를 응징할 뿐 피해자의 훼손된 명예를 회복해주는 경우는 아주 드물고 오히려 공동체의 도덕과 윤리에 의한 규제와 화해의 작동원리, 민사상 손해배상, 언론중재 등 다른 규범적 장치로도 명예회복을 충분히 더 잘 해결할 수 있는 점, 셋째 명예훼손죄가 정치적 목적으로 계속적으로 악용되어 국민의 알권리 및 표현의 자유가 심각하게 침해되고 있는 점 등을 근거로 주장한다.²⁶²⁾

앞서 명예훼손죄의 연혁에서 살펴본 바와 같이 명예훼손죄는 처음 인격

260) Article 19, "Putting Expression Behind Bars: Criminal Defamation and Freedom of Expression" Background paper for EU NGO Forum, London, United Kingdom, 2005. 12. 08-9, 11면.

261) Jo M. Pasqualucci, 앞의 논문(주 259), 403면.

262) 최관호, 앞의 논문(주255), 434면.

침해죄로서 타인으로부터 개인의 인격을 보호하기 위하여 입법화된 것이고 시간이 흐르면서 국가 등 권력기관에 대한 비판을 막고 체재를 강화하기 위한 도구로서 변질된 것일 뿐 애초부터 국가 등 권력기관의 집권을 강화하기 위한 목적으로 입법화된 것은 아니다. 따라서 명예훼손죄의 전면적인 비범죄화를 주장하는 논거 중 하나인 명예훼손죄 제정배경을 국가 등 권력기관이 여론을 통제하기 위한 불순한 의도에 기인한 것에서 찾는 것은 타당하지 않다.

사람의 명예에 대한 권리 즉 인격권은 헌법이 보장하는 중요한 기본권이다. 명예권은 비록 인간의 정신적 측면의 보호를 요구하는 권리이기는 하나 명예는 사회적 동물인 사람이 인간답고 행복하게 살 수 있기 위하여 반드시 보호되어야 하는 핵심적인 요소이기 때문에 실질적으로는 재산권이나 생명권에 비등되는 중요한 법익이다. 따라서 명예를 침해하는 행위를 완전히 형사처벌 밖의 영역에 두는 것은 피해자 보호 차원이나 국민의 법감정에도 부합하지 않는다고 생각된다. 특히 자신의 명예를 소중히 여기고 끝까지 명예를 유지하기 위하여 자살이라는 극단적 수단까지 서슴없이 선택하는 관습이 현재에도 사라지지 않고 있는 우리나라의 경우 명예는 ‘생명, 신체의 완전성, 자유’ 보다 열등한 위치에 있는 것이 아니라 그것과 동등한 정도의 의미가 있다고도 해석할 수 있다.²⁶³⁾ 뿐만 아니라 최근 인터넷 및 SNS의 발달로 명예훼손성 발언의 형태와 그 유포 범위가 상상 이상으로 다양하고 넓어져 명예훼손의 피해 정도가 심각해지고 있으므로 이에 대하여는 형사상 제재를 가하는 것이 더더욱 필요하다.²⁶⁴⁾

또한 명예훼손 행위를 민사적으로만 규제할 경우 피해자 개인의 자금과

263) 이근우(a), “명예훼손죄의 해석, 적용상의 몇가지 문제”, 법학논총 제25권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2008, 133면.

264) David Pritchard, "Rethinking Criminal Libel: An Empirical Study", Communication Law & Policy, 14, 2009, 336면.

능력의 정도에 따라 피해 구제 여부가 천차만별일 수 있으나, 국가 차원에서 명예훼손 행위를 범죄로서 규제함으로써 위와 같은 부당한 결과를 방지할 수 있다.²⁶⁵⁾ 명예훼손에 대한 민사소송은 실제로 변호사를 고용할 자금과 능력이 풍족한 부유층만이 유용하게 사용하고 있고 변호사를 고용하기에 재정적으로 어려운 사람들은 민사소송에 접근하기 어렵다. 변호사들도 수임을 하는데 있어서 얼마나 보수를 받을 수 있을지 계산하여 피해자가 재정적으로 넉넉하지 않은 경우에는 수임을 꺼린다. 이러한 불공평한 상황은 특히 명예훼손적 사실을 적시한 가해자가 대규모의 자본과 권력을 가진 언론기관인 경우 더욱 그러하다. 뛰어난 변호사의 고용 등 법률적 방어기제를 동원할 수 있는 자본과 권력 측면에서 비교할 수 없을만큼 열세한 개인인 피해자가 이에 맞서 민사소송을 성공적으로 이끌어 나가는 것은 사실상 불가능하다. 반면 형사소송의 경우 피해자는 단지 수사기관에 고소를 하고 이후 수사기관에 협조하면 될 뿐 증거 수집 등 법적 방어활동을 수사기관이 자체적으로 해주므로 피해자가 명예훼손의 피해 구제를 받기 위하여 특별한 노력이나 비용을 쏟아부을 필요가 없다.

또한 명예훼손은 다른 재산적, 신체적 피해보다 그 손해를 산정하기 어렵기 때문에 민사적 구제수단으로 피해자 보호를 실효적으로 이끌어낼 수 없는 측면도 존재한다.²⁶⁶⁾ 특히 우리나라의 경우 미국과 같이 프라이버시권의 개념이 확립되어 있지 않아 이에 대한 민사적 구제도 불충분한 상황이므로 명예훼손죄를 전면적으로 폐지하고 민사소송에만 의존하도록 하는 것은 피해자 보호에 있어 타당하지 않다. 뿐만 아니라 사회적 약자인 사인이 사회적 강자인 언론에 의하여 명예훼손을 당한 경우, 영미법 국가가 갖

265) Clive Walker, "Reforming the Crime of Libel", New York Law School Law Review, 50, 2006, 177면.

266) Robert A. Leflar, "The Social Utility of the Criminal Law of Defamation", 34 Texas Law Review, 1025-1026면.

고 있는 강력한 민사제제인 징벌적 손해배상제도가 구비되어 있지 않은 상황에서 국가형벌권의 도움을 받을 수 있는 길을 마련해줄 필요가 있다.²⁶⁷⁾ 현실적으로 언론이 정치권력을 비판하고 감시하는 과정에서 명예훼손이 문제되는 경우도 있지만 반대로 언론이 권한을 오남용하여 사인을 괴롭히는 경우도 적지 않기 때문이다.

최근 헌법재판소는 정보통신망을 이용한 사실 적시 명예훼손죄를 처벌하는 조항인 정보통신망이용촉진및정보보호 등에 관한 법률 제70조 제1항에 대하여 합헌결정²⁶⁸⁾을 하였는데, 그 판시내용을 참고할만하다.

그에 따르면 인터넷 등 정보통신망에서의 정보의 빠른 전파력과 광범위한 파급효로 인하여 사람의 명예가 과거와 비교할 수 없을 정도로 심각하게 훼손되고 그 회복 또한 쉽지 않은 점, 명예와 체면을 중시하는 우리 사회의 전통적 가치관의 영향으로 명예훼손 피해를 입고 자살과 같은 극단적 선택을 하는 등 사회적 피해가 심각한 상황에 이른 점, 형사처벌 이외에 민사상 손해배상 등 구제방법으로는 형벌과 같은 위하력과 예방효과를 가지기 어렵고 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률상의 정정보도, 반론 보도 등의 구제수단은 언론사 등이 아닌 일반 개인이 행한 명예훼손행위에 대하여는 적절한 구제수단이 아닌 점 등을 이유로 위 법률조항이 과잉금지원칙에 위반하여 표현의 자유를 침해하지 않는다고 판시하였다.

(3) 사실적시 명예훼손죄 비범죄화 주장에 대한 비판적 검토

형사상 명예훼손죄 자체를 없애야 한다는 주장과 달리, 명예훼손죄 자체는 존치하되 객관적 진실에 부합하는 사실을 적시하는 경우에는 비범죄화해야

267) 조국(a), 앞의 논문(주251), 24면.

268) 헌법재판소 2016. 2. 25.자 2013헌바105 결정.

한다는 주장이 있다. 진실을 사람들에게 알리는 것은 헌법에 근거한 기본권인 표현의 자유 및 알권리의 발현이고, 그로 인하여 설사 명예훼손의 결과가 발생할지라도 그것은 그 사람에 대한 진실과 다른 허명에 불과한 것이므로 보호할 가치가 없다고 주장한다. 또한 진실한 사실을 적시하는 것을 명예훼손으로 처벌하는 것은 진실의 발화를 처벌함으로써 사상의 자유시장의 근거를 붕괴시킨다고 비판한다.²⁶⁹⁾

한편 진실이라 하더라도 사생활의 은밀한 영역 및 프라이버시 보호는 필요하고 다만 사생활의 비밀과 자유라는 프라이버시권과 명예는 다른 차원의 법익이므로 명예훼손 법제가 아닌 다른 법률을 통하여 보호하면 된다고 하거나 형법상 프라이버시 침해죄 등과 같은 새로운 범죄 구성요건을 추가하자는 견해도 있다.²⁷⁰⁾

현재 우리나라의 많은 학자들은 명예훼손죄 자체의 전면적 폐지보다 사실적시 명예훼손죄 폐지를 많이 주장하고 있다. 그러나 사생활과 관련된 내용을 공개적으로 적시하는 것은 그 내용이 아무리 진실이라 하더라도 명예훼손죄로 처벌할 필요성이 있다는 점에서 위 주장은 타당하지 않다.

헌법 제17조는 ‘모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다’고 규정하여 사생활의 비밀과 자유를 보장하고 있다. 우리 헌법재판소²⁷¹⁾는 사생활의 비밀에 대하여 “사생활과 관련된 사사로인 자신만의 영역이 본인의 의사에 반해서 타인에게 알려지지 않도록 할 수 있는 권리로써 국가가 사생활 영역을 들여다보는 것에 대한 보호를 제공하는 기본권”이라고 정의한다. 또한, 사생활의 자유에 대하여 “사생활을 자유롭게 형성

269) 박경신, “진실적시에 의한 명예훼손 처벌제도의 위헌성”, 세계헌법연구 제16권 제4호, 2010, 66면.

270) 김성돈(b), 앞의 논문(주256) 105면: 윤해성·김재현, “사실적시 명예훼손법제의 비범죄화 논의와 대안에 관한 연구”, 형사정책연구원, 2018, 134-141면.

271) 헌법재판소 2010. 10. 28. 2009헌마544 결정 등.

해나가고 그 설계 및 내용에 대해서 외부로부터의 간섭을 받지 않을 권리로서 국가가 사생활의 자유로운 형성을 방해하거나 금지하는 것에 대한 보호”라고 정의한다.

인간은 본질적으로 자기만의 생활영역을 가지고 살 자연권적인 권리를 가진다. 누구나 각기 인간으로서의 존엄과 가치를 가지고 자기가 원하는 대로 살 자유를 가지고 이러한 삶에 대하여 남에게 알려지지 않을 자유를 가지기 때문에 사생활의 비밀을 보장받는 것은 자연권으로서의 성질을 갖는다고 할 것이다. 사생활의 비밀과 자유의 보호대상은 개인의 내밀한 내용의 비밀을 유지할 권리, 개인이 자신의 사생활의불가침을 보장받을 수 있는 권리, 개인의 내심 영역이나 성적 영역과 같은 내밀한 영역에 대한 보호를 받을 수 있는 권리, 인격권적인 감정세계에 대하여 존중을 받을 권리와 정신적인 내면생활이 침해받지 아니할 권리 등이 있다.²⁷²⁾

이렇듯 사생활의 비밀을 유지하고 원하는 대로 자유롭게 살 권리는 헌법이 보장하는 권리이고, 인간의 존엄성과도 관련되는 매우 중요한 기본권이므로 형법에서도 이에 대한 침해를 범죄로 규정하여 처벌하고 있다. 형법의 비밀침해죄(제316조), 업무상 비밀누설죄(제317조), 주거침입죄(제319조-제322조) 등이 그 예이다. 명예훼손죄 처벌조항 역시 사생활 영역에 대한 사실 폭로의 경우 사생활의 비밀을 침해하는 행위를 처벌하는 범죄라고 설명할 수 있다.

사생활에 대한 권리와 명예는 분명 동일하지 않다. 사생활은 나 자신의 존엄과 가치에서 비롯되는 것으로 사생활이 내 의사와 상관 없이 탐지되거나 폭로되었을 때 침해되며 그로 인하여 나에 대한 다른 사람들의 인식이 저하되었는지와 무관하다. 반면 명예는 기본적으로 사람이 사회적 동물이기 때문에 요구되는 것으로 나에 대한 사실의 폭로가 나에 대한 다른 사람들

272) 정종섭, 앞의 책(주 8), 650-651면.

의 인식, 즉 외부적 평판이 저하된 경우에만 명예훼손이 성립한다. 그러나 사생활에 대한 권리 침해와 명예훼손이 중첩적으로 발생하는 경우가 있다. 사람의 사생활에 관한 사실을 외부적으로 폭로하여 그 사람의 명예가 훼손되는 경우이다. 예를 들어 ‘갑이 불륜을 저질렀다’는 내용을 퍼뜨렸고 만일 위 내용이 진실인 경우, 이제 간통죄가 더 이상 형사처벌 대상이 아니지만 결혼을 하여 배우자가 있는 사람이 다른 사람과 정을 통하는 것에 대한 사회적 인식이 좋지 않고, 따라서 사람들의 갑에 대하여 당연히 부정적으로 평가할 것이기 때문에 이는 사생활에 대한 권리 침해인 동시에 명예훼손이 될 수 있는 것이다.

공표된 사실이 아무리 객관적 진실에 부합하더라도 그것이 개인의 병력, 연애경험, 가정환경 등 개인의 사생활과 관련된 내용이라면 국민의 표현의 자유보다 우선적으로 보호해야 할 필요성이 있고, 나아가 그러한 내용은 국민의 알 권리의 대상도 아니다. 그리고 이와 같은 사생활의 보호대상이 되는 개인은 사인이든 공인이든 구별해서는 안된다. 누구든지 자신의 사적 생활에 관하여는 그것이 아무리 진실이라 할 지라도 다른 사람에게 알려지지 않을 권리, 즉 헌법이 보장하는 인격권 내지 프라이버시권이 있다. 뿐만 아니라 아무리 진실한 사실이라 할 지라도 개인의 사생활에 대하여 공개하는 것이 민주주의 발전 및 사상의 자유로운 시장에 기여한다고도 할 수 없다. 다만 공인의 사생활에 관한 내용이 청렴도 및 윤리적 가치관, 업무집행 능력, 업무내용과 관련이 있는 경우에는 예외를 인정한다.

특히 최근 인터넷 등 정보통신 및 과학기술의 급속한 발달로 스마트폰, 인터넷을 하루라도 사용하지 않는 사람이 없을 정도로 대부분의 사람들이 인터넷 등 정보통신망에 접속하고 있고 또한 여러 가지 유형의 SNS를 사용하여 활발하게 의사소통을 하는 점은 진실한 사실 적시에 의한 명예훼손죄 처벌의 필요성의 강력한 근거이다. 인터넷상 명예훼손은 현실공간에서의 명

예훼손과 차이가 있다. 첫째, 인터넷은 누구나 어디에서나 자유로이 접속할 수 있는 개방성을 갖고 있고 둘째, 기존의 매체가 일방적인 전달과 수용의 구조를 가졌다면 인터넷은 쌍방적인 전달과 수용의 구조를 갖고 있고 셋째, 인터넷에서는 자신의 신분을 노출하지 않을 수 있는 익명성 뿐만 아니라 상대방과도 비대면적이라는 특징을 가지고 있고 넷째, 인터넷에 올려진 정보는 손쉬운 복사나 전송방법으로 인하여 올려진 정보가 신속하고 광범위하게 전파될 수 있는 확장성을 특징으로 갖고 있다는 것이다.²⁷³⁾ 따라서 사람들은 인터넷이라는 가상공간에서 좀더 과감하게 타인에 대한 명예훼손의 수위가 높은 글을 쏟아내고 있고 그 글의 확장성 또한 너무나 신속하고 광범위하여 피해가 매우 심각하다.

한 사람이 공개적으로 드러내기를 원하지 않는 사적 영역에 관한 진실이 다른 누군가에 의하여 정보통신망을 통하여 불특정 다수인들에게 유포되고 또한 그것이 순식간에 전세계적으로 급속도로 전파되는 점을 생각해보자. 피해자가 입는 피해는 오히려 절도 피해자의 물질적 피해보다 클 수 있고, 강간 피해자의 죽을 때까지 잊지 못하는 정신적 피해 못지 않을 고통일 수 있다. 인격 살인행위라고도 표현할 수 있는 이러한 명예훼손 행위는 분명히 범죄로서의 반사회성을 징표하고 있고 단순히 민사적 제재로 끝낼 일은 아니라고 생각한다.

한편 사실적시 명예훼손죄의 비범죄화를 주장하는 견해 중에는 전술한 바와 같이 사생활에 관한 사실 이외의 진실을 공표하는 것은 표현의 자유의 일환이므로 사생활에 관한 사실 적시만 별도로 처벌하면 된다고 주장하는 견해도 있으나 이는 타당하지 않다고 생각한다.

적시한 내용이 타인의 사생활에 관한 것이 아니라도 하더라도 그 타인이

273) 김혜정, 앞의 논문(주76), 9면.

공인이 아닌 사인이라면 그에 관한 사생활 이외의 영역에 대한 진실을 불특정 다수인에게 공개적으로 알리는 것이 표현의 자유의 일환으로서 그리고 정상적인 사회생활의 일부로서 절대적으로 보장될 수 있는 것은 아니라고 생각한다. 표현의 대상이 공인인지 사인인지 여부에 따라 표현의 자유 및 명예권의 보호 정도는 당연히 차이가 있어야 한다. 즉 일반 사인의 사생활 이외의 영역에 대한 진실도 이를 공개적으로 알리는 경우에는, 공표의 목적, 적시 내용의 방법, 명예권에 대한 침해 정도 등을 종합적으로 고려하여 침해되는 사인의 명예권과 표현의 자유를 이익 형량하여 적법 여부를 따져야 하지 사인의 명예권보다 표현의 자유가 절대적으로 우위에 있고 정상적인 사회활동으로서 범죄 자체가 아니라고 할 수는 없다.

예를 들어 회사원인 甲이 회사에 매일 지각하여 상사로부터 공개적으로 망신당하는 것이 빈번하고, 근무시간에도 자주 졸거나 실적이 안 좋아 근무평점이 회사 내에서 꼴찌라는 진실을 다른 동료 乙이 공개적으로 불특정 다수인에게 알린다고 해보자. 적시된 내용은 甲의 직장생활과 관련된 내용이므로 분명 사적인 영역에 해당되지 않는다. 그러나 위 내용이 객관적 진실에 부합한다고 하여 이를 국민들에게 알리는 것이 표현의 자유의 일환으로 절대적으로 보장되어야 한다고 주장하는 사람은 아무도 없을 것이다. 乙의 행위는 명예훼손죄의 구성요건에 해당되고 나아가 甲의 명예권과 乙의 표현의 자유를 형량하여도 위법성이 조각될 사정이 존재하지 않으므로 명예훼손죄로 처벌하는 것이 타당하다.

그러나 위 甲이 국회의원이라고 한다면 상황이 다르다. 국회의원이 국민의 이익을 위하여 업무집행을 성실하고 열심히 하는지는 국민들의 알권리의 대상이고 이에 대한 진실을 국민에게 공개적으로 알리는 것은 국민의 당연한 권리이자 의무인 것이다.

(3) 소결

결론적으로, 명예훼손죄 자체를 폐지하거나 사실 적시 명예훼손죄를 폐지하는 것은 타당하지 않다. 첫째 명예도 개인의 생명권, 재산권 만큼 중요한 보호법익이고 최근 인터넷, SNS의 발달로 인하여 피해규모와 정도가 상당히 큰 상황으로 국가형벌권의 도움을 줄 필요가 있는 점, 둘째 민사재판의 시스템과 불충분한 손해배상제도로 인하여 민사적 구제만으로는 피해자 보호가 불충분한 점, 셋째 개개인의 사생활과 관련된 내용은 아무리 진실한 사실이라 하더라도 표현의 자유에 우선하여 보호되어야 하고 국민의 알권리 및 사상의 자유로운 발전과도 무관한 점 등에서 그러하다.

그러나 한편, 공인의 공적 영역과 관련되어 진실에 부합한 사실을 공표하는 경우에도 명예훼손죄로 처벌하는 현행법의 태도는 분명히 문제가 있다. 개개인의 명예만큼, 아니 더 우월적 지위를 가진 국민의 알권리 및 표현의 자유가 존재하기 때문이다. 명예훼손죄의 전면적 폐지 내지 사실 적시 명예훼손죄의 폐지를 주장하는 주된 논거 또한 결국 공직자 및 국가 권력기관이 자신들의 권력을 유지하고 비판적인 여론을 잠재우기 위하여 명예훼손죄를 정치적으로 악용한다는 것인데 이는 바로 공인의 공적 영역과 관련되어 진실에 부합한 사실을 공표하는 행위를 명예훼손죄로 처벌하는 경우에 발생한다.

공인도 사람으로서 보호받을 명예권이 있기는 하나, 명예훼손죄의 보호법익인 명예는 통설에 의하면 개인에 대한 사회적 평가이므로 결국 침해당한 사람의 사회적 지위 등에 따라 보호의 정도가 달라지는 것이 타당하고, 공인은 그 지위와 역할로 인하여 그들의 의사결정과 행위가 타인에게 큰 영향을 주는 사람이므로 권력에 비례하여 명예권의 제한을 받는 것이 마땅하다. 즉 공적인 것에 관여하는 사람의 명예권은 보호의 정도가 약해지고 그

에 관한 표현의 자유를 보호할 필요성이 더 크다고 할 것이다.²⁷⁴⁾

물론 현재 대법원 판례는 앞서 살펴본 바와 같이 구체적 사안에서 공인의 공적 영역과 관련되어 진실에 부합하는 사실을 공표한 경우를 차별적으로 취급하여 형법 제310조에 의하여 위법성을 조각하고 있고, 나아가 위법성조각 요건 중 공익성을 추정함으로써 요건을 완화하는 등 명예훼손죄로 처벌에 있어서 신중을 기하고 있기는 하다. 그리고 이러한 판례의 태도를 실정법화하여 ‘공인의 공적 영역과 관련되어 진실에 부합하는 사실을 공표한 경우에는 처벌하지 않는다’는 내용을 형법 제310조의 위법성조각 요건 중 삽입하는 방향으로 개정하여 위법성이 조각됨을 명확히 하자는 주장도 있다.²⁷⁵⁾ 그러나 후술하겠지만, 공인의 공적 영역과 관련되어 진실에 부합하는 사실을 공표한 경우 이를 일단 명예훼손죄의 구성요건에 해당한다고 판단하고 소극적으로 위법성을 조각시켜 처벌하지 않는 것은 타당하지 않다고 생각된다.

2. 국회 발의 개정안

(1) 서설

최근까지 국회에 발의된 개정안의 유형은 크게 1) 형법 제310조의 위법성 조각사유를 구체화하는 유형, 2) 사실적시 명예훼손죄를 폐지하는 유형, 3) 사실적시 명예훼손죄 중 ‘사생활의 비밀을 침해하는 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 경우’에만 처벌하자는 유형 의 3가지로 나눌 수 있다. 그런데 주목할만한 것은 모든 개정안에서 명예훼손죄를 반의사불벌죄에서

274) 山田隆司, 名譽毀損—表現の自由をめぐる攻防, 岩波新書, 2009, 47면.

275) 조국(a), 앞의 논문(주251), 39-41면.

친고죄로 개정할 것을 주장하였다는 것이다. 이는 정치인 등 공인에 대한 명예훼손 사건에서, 명예훼손죄가 피해자의 처벌불원 의사표시가 해제조건에 불과한 반의사불벌죄라는 점을 악용하여, 피해자인 공인이 그 지위의 특성상 고소하는 등 전면적으로 나서지 않고서도 수사기관이 자체적으로 수사에 착수하거나 피해자와 관련 있는 제3자의 고발로 수사가 진행된 경우가 적지 않은 점을 이유로 한다. 본 논문에서는 이 부분을 특별히 다루지는 않겠으나 앞서 살펴본 바와 같이 우리나라가 명예훼손죄 법제의 기본체제를 받아들인 독일, 일본의 경우 명예훼손죄가 모두 친고죄로 규정되어 있는 점, 공인에 대한 명예훼손죄와 관련한 지나친 고소 및 고발의 남발을 막을 수 있다는 점 등에서 타당하다고 생각된다.

(2) 형법 제310조의 위법성조각사유를 구체화하는 유형

이 개정안은 2008년 12월 박영선 의원 등 18인이 발의한 개정안(의안번호 1900호)으로, 주요내용은 형법 제310조의 요건 중 ‘진실한 사실’을 ‘진실한 사실 혹은 진실한 사실이라고 믿을만한 상당한 이유가 있는 경우’로 개정하고, 또한 제310조의 다른 요건인 ‘오로지 공공의 이익에 관한 경우’를 ‘1. 공공의 이익을 주된 목적으로 하는 경우, 2. 상대방이 공인이거나 「부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률」 제2조 제3호²⁷⁶⁾에서 정의하는 공직자인 경우, 3. 공공성 또는 사회성이 있는 공적 관심사안에 관한 것으로서 사회의 여론형성 내지 공개토론에 기여하는 경

276) 부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

3. ‘공직자’란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자를 말한다.

가. 「국가공무원법」 및 「지방공무원법」에 따른 공무원과 그 밖의 다른 법률에 따라 그 자격·임용·교육훈련·복무·보수·신분보장 등에 있어서 공무원으로 인정된 자

나. 제1호 라목에 따른 공직유관단체의 장 및 그 직원

우’로 구체화하는 방향으로 개정하는 내용이었다. 그리고 여기에 제2항을 추가하여 위 제1항 제2호의 ‘공인’에 대하여 ‘당사자가 중요한 사회적 관심사와 직접적으로 관련이 있거나 당사자의 지명도에 비추어 당사자의 행위가 사회구성원 다수의 관심을 유도할 수 있는 위치에 있는 사람’이라고 정의하는 것을 규정하는 것으로 개정하는 내용이었다.

<신.구조문대비표>

현 행	개 정 안
<p><u>第310條(違法性の 阻却) 第307條第1項의 行爲가 眞實한 事實로서 오로지 公共의 利益에 關한 때에는 處罰하지 아니한다.</u></p>	<p><u>제310조(위법성의 조각) ① 제307조제1항의 행위가 진실한 사실이거나 진실한 사실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 처벌하지 아니한다.</u></p> <ol style="list-style-type: none"> <u>1. 공공의 이익을 주된 목적으로 한 때</u> <u>2. 상대방이 공인이거나 부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률」 제2조제3호에서 정의하는 공직자인 때</u> <u>3. 공공성 또는 사회성이 있는 공적 관심사안에 관한 것으</u>

<p>第312條(告訴와 被害者の 意思)</p> <p>①第308條와 第311條의 罪는 告訴가 있어야 公訴를 제기할 수 있다.</p> <p>②第307條와 第309條의 罪는 被害者の 明示한 意思에 反하여 公訴를 제기할 수 없다.</p>	<p><u>로써 사회의 여론형성 내지 공개토론에 기여하는 경우</u></p> <p>② 제1항제2호에서 말하는 “<u>공인</u>”이란 당사자가 중요한 사회적 관심사와 직접적으로 관련이 있거나 당사자의 지명도에 비추어 당사자의 행위가 사회 구성원 다수의 관심을 유도할 수 있는 위치에 있는 사람을 의미한다.</p> <p>제312조(고소) 본장의 죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.</p>
--	--

이 개정안의 제안이유는 위법성조각사유가 지나치게 포괄적으로 규정되어 있어 법적용에 혼란을 야기하므로 그 내용을 구체적으로 적시하여 개인의 사생활보호와 표현의 자유 및 국민의 알권리의 균형을 도모하고자 한다는 것이다.

당시 소관위원회(법제사법위원회)²⁷⁷⁾ 위 개정안에 대하여, 우선 판례가 이미 ‘진실한 사실’의 요건 안에 진실한 사실이라고 믿을만한 상당한 이

277) 임인규 법제사법위원회 수석전문위원, 형법 일부개정법률안(1900호) 검토보고서, 2008. 12.

유가 있는 경우도 인정하고 있고 또한 ‘오로지 공공의 이익에 관한 것’의 요건을 주된 목적이 공익성을 가지면 되는 것으로 해석하고 있다는 측면에서 굳이 개정할 실익이 없다고 검토하였다. 또한 공익성을 구체화한 형법 제310조 제1항 제1호에서 제3호 중 제1호와 제3호는 결국 동일한 의미라는 점에서 중복적이고, 제2호의 경우 피해자가 공인이거나 공직자라는 이유만으로 적시 내용의 성격을 불문하고 공익성을 추정하여 무조건 위법성을 조각하는 것은 당사자의 인격권을 과잉침해할 소지가 있다고 검토하였다.

(3) 사실적시 명예훼손죄를 폐지하는 유형

이 유형의 개정안은 조금씩 다른 형태로 수 회 국회에 발의되었다.

2012년 1월 박영선 의원 등 17인이 발의한 개정안(의안번호 14513호)이 있는데, 주요내용은 첫째, 사실 적시 명예훼손죄를 폐지하고(출판물 등에 의한 명예훼손죄도 포함), 허위사실 적시 명예훼손죄의 경우 허위사실을 알아야 한다는 요건을 추가하였다.(사자 명예훼손죄 및 출판물 등에 의한 명예훼손죄도 포함). 둘째, 형법 제310조의 위법성조각사유를 구체화하여 ‘진실한 사실’을 ‘진실한 사실이라고 믿을만한 상당한 이유가 있는 경우’로 개정하고, ‘오로지 공공의 이익에 관한 경우’를 ‘1. 공공의 이익을 주된 목적으로 하는 경우, 2. 상대방이 공인이거나 「부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률」 제2조 제3호에서 정의하는 공직자인 경우, 3. 공공성 또는 사회성이 있는 공적 관심사안에 관한 것으로서 사회의 여론형성 내지 공개토론에 기여하는 경우’로 구체화하였다. 셋째 형법 제310조 제2호의 ‘공인’에 대하여 ‘당사자가 중요한 사회적 관심사와 직접적으로 관련이 있거나 당사자의 지명도에 비추어 당사자의 행위가 사

회구성원 다수의 관심을 유도할 수 있는 위치에 있는 사람'이라는 정의내용을 추가하였다.

<신.구조문대비표>

현행	개정안
<p>第307條(名譽毀損) ①公然히 事實을 摘示하여 사람의 名譽를 毀損한 者는 2年 以下の 懲役이나 禁錮 또는 500萬원 以下の 罰金에 處한다.</p> <p>②公然히 虛僞의 事實을 摘示하여 사람의 名譽를 毀損한 者는 5年 以下の 懲役, 10年 以下の 資格停止 또는 1千萬 원 以下の 罰金에 處한다.</p>	<p>제307조(명예훼손) 공연히 허위의 사실임을 알고 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.</p>
<p>第309條(出版物等에 依한 名譽 毀損) ①사람을 誹謗할 目的으로 新聞, 雜誌 또는 라디오 其他 出版物에 依하여 第307條第1項의 罪를 犯한 者는 3年 以下の 懲役이나 禁錮 또는 700萬원 以下の 罰金에 處한다.</p> <p>②第1項의 方法으로 第307條 第2項의 罪를 犯한 者는 7年</p>	<p>제309조(출판물등에 의한 명예훼손) 사람을 비방할 목적으로 신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의하여 제307조의 죄를 범한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.</p>

以下の懲役, 10年 이하의 資格停止 또는 1千500萬원 이하의 罰金에 處한다.

第310條(違法性の 阻却) 第307條第1項의 行爲가 眞實한 事實로서 오로지 公共의 利益에 關한 때에는 處罰하지 아니한다.

제310조(위법성의 조각) 제307조의 행위가 진실한 사실이라고 믿을만한 상당한 이유가 있고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 처벌하지 아니한다.

1. 공공의 이익을 주된 목적으로 한 때
2. 상대방이 공인이거나 부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률」 제2조제3호에서 정의하는 공직자인 때. 이 경우 “공인”이란 당사자가 중요한 사회적 관심사와 직접적으로 관련이 있거나 당사자의 지명도에 비추어 당사자의 행위가 사회 구성원 다수의 관심을 유도할 수 있는 위치에 있는 사람을 의미한다.
3. 공공성 또는 사회성이 있는 공적 관심사안에 관한 것으

<p>第312條(告訴와 被害者の 意思)</p> <p>①第308條와 第311條의 罪는 告訴가 있어야 公訴를 제기할 수 있다.</p> <p>②第307條와 第309條의 罪는 被害者の 明示한 意思에 反하여 公訴를 제기할 수 없다.</p>	<p><u>로써 사회의 여론형성 내지 공개토론에 기여하는 경우</u></p> <p>제312조(고소) 본장의 죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.</p>
--	--

제안이유는, 우선 이미 많은 나라들이 명예훼손죄를 비범죄화하고 있고 특히 진실한 사실을 적시하는 행위를 처벌하는 국가는 거의 없으며 유럽안보협력기구, 유엔인권위원회, 월드뱅크 등 여러 국제기구에서도 형사상 명예훼손죄의 폐지를 촉구하고 있는 상황을 고려해야 한다는 것이다. 또한 진실이 누군가에게 불리하거나 불편하다고 하여 공개를 금지한다면 민주주의의 근간인 언론·출판의 자유 및 알권리가 제대로 보호될 수 없으며, 권력자들의 부패를 방지하고 사회의 투명성을 제고하기 위하여는 국민들이 비판을 자유롭게 할 수 있어야 한다는 것이다. 실제로 사실적시 명예훼손죄를 처벌하는 것을 정치적·사회적으로 악용하여 정부의 정책, 정치인의 활동, 공직비리 등에 관한 비판 및 의견제시, 정치적 풍자나 비평 등의 표현을 제한함으로써 국민들의 다양한 비판과 여론형성을 방해하고 있다고 주장한다.

그리고 대부분의 권력형 비리에 대한 의혹 제기는 그 사안의 특수성상 명확한 증거를 제시하며 비판하기 힘들므로 권력형 비리에 대한 국민들의 자유로운 의혹제기와 비판을 보장하고 명예훼손죄로 처벌되는 것을 막기 위

하여 허위사실 적시 명예훼손죄에 ‘허위사실 인식’이라는 주관적 요건을 법률로서 명시함으로써 입증책임이 검사에게 있음을 명확히 하여야 한다는 것이다.

또한 형법 제310조의 위법성조각사유를 구체화하는 방향으로 개정을 주장하는데 이는 전술한 첫 번째 유형의 내용과 동일하다.

한편 2013년 12월 유승희 의원 등 32인이 발의한 개정안(의안번호 8698호), 2016년 8월 유승희 의원 등 12인이 발의한 개정안(의안번호 1558호), 2016년 9월 금태섭 의원 등 11인이 발의한 개정안(의안번호 2343호)도 입법 형식에 있어서 약간의 차이만 있을 뿐 전체적 내용은 이 개정안과 비슷한 것이었다.

소관위원회(법제사법위원회)²⁷⁸⁾는 첫째 사실 적시 명예훼손죄를 비범죄화할 것인가에 대하여는 헌법원리 등을 고려하여 입법정책적으로 신중한 검토가 필요하고 사실 적시 명예훼손죄를 처벌하는 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 등 다른 법률들과의 관계도 고려해야 하고, 둘째 사실 적시 명예훼손죄를 비범죄화한다면 형법 제310조의 위법성조각사유 규정도 같이 삭제하는 것이 체계상 타당하고, 셋째 허위사실 적시 명예훼손죄에서 ‘허위사실 인식’ 요건을 추가하여 규정하는 것은 이미 숨어 있는 주관적 구성요건을 명문화하는 것에 불과하다는 점에서 부적절하다고 검토하였다.

(4) 사실적시 명예훼손죄를 ‘사생활의 비밀을 침해하는 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 경우’에만 처벌하자는 유형

2016년 7월 이찬열 의원 등 10인이 발의한 개정안(의안번호 1090호)으로, 주요내용은 사실적시 명예훼손죄의 구성요건을 ‘사생활의 비밀을 침해하

278) 임중호 법제사법위원회 수석전문위원, 형법 일부개정법률안(8698호) 검토보고서, 2014. 4.

는 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한’ 경우에만 처벌하는 방향으로 그 처벌범위를 축소하고, 따라서 형법 제310조의 위법성조각사유 규정은 삭제하자는 것이었다. 여기서 특이한 것은 사실적시 명예훼손죄의 경우 ‘공연성’의 요건을 삭제한 점이다.

<신.구조문대비표>

현행	개정안
<p>第307條(名譽毀損) ①公然히 事實을 摘示하여 사람의 名譽를 毀損한 者는 2年 以下の 懲役이나 禁錮 또는 500萬원 以下の 罰金에 處한다.</p> <p>②公然히 虛偽의 事實을 摘示하여 사람의 名譽를 毀損한 者는 5年 以下の 懲役, 10年 以下の 資格停止 또는 1千萬원 以下の 罰金에 處한다.</p> <p>第308條(死者의 名譽毀損) 公然히 虛偽의 事實을 摘示하여 死者의 名譽를 毀損한 者는 2年 以下の 懲役이나 禁錮 또</p>	<p>제307조(명예훼손) ① 사생활의 비밀을 침해하는 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 사람은 500만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <p>② 공연히 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 사람은 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <p>제308조(사자의 명예훼손) 공연히 허위의 사실을 적시하여 사자의 명예를 훼손한 사람은 500만원 이하의 벌금에 처한</p>

<p>는 500萬원 以下の 罰金에 處한다.</p>	<p>다.</p>
<p>第309條(出版物等에 依한 名譽毀損) ①사람을 誹謗할 目的으로 新聞, 雜誌 또는 라디오 其他 出版物에 依하여 第307條第1項의 罪를 犯한 者는 3年 以下の 懲役이나 禁錮 또는 700萬원 以下の 罰金에 處한다.</p> <p>②第1項의 方法으로 第307條第2項의 罪를 犯한 者는 7年 以下の 懲役, 10年 以下の 資格停止 또는 1千500萬원 以下の 罰金에 處한다.</p>	<p>제309조(출판물등에 의한 명예훼손) ① 신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의하여 제307조제1항의 죄를 범한 사람은 700만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <p>② 제1항의 방법으로 제307조제2항의 죄를 범한 사람은 10년 이하의 자격정지 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.</p>
<p>第310條(違法性の 阻却) 第307條第1項의 行爲가 眞實한 事實로서 오로지 公共의 利益에 關한 때에는 處罰하지 아니한다.</p>	<p>제310조(위법성의 조각) 제307조제1항의 행위가 진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.</p>
<p>第311條(侮辱) 公然히 사람을 侮辱한 者는 1年 以下の 懲役이나 禁錮 또는 200萬원 以下の 罰金에 處한다.</p>	<p><삭 제></p>

<p>第312條(告訴와 被害者の 意思)</p> <p>①第308條와 第311條의 罪는 告訴가 있어야 公訴를 제기할 수 있다.</p> <p>②第307條와 第309條의 罪는 被害者の 明示한 意思에 反하여 公訴를 제기할 수 없다.</p>	<p>제312조(고소) ① 제307조, 제308조 및 제309조의 죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.</p> <p><삭 제></p>
--	--

제안이유는, 사실적시 명예훼손죄를 정치적·사회적으로 악용하는 사례가 증가하면서 민주주의의 근간을 이루는 표현의 자유 및 알권리가 침해되고 있으므로, 국민의 표현의 자유, 알권리 등 헌법상 기본권을 보다 실질적으로 보장하기 위하여 적시한 내용이 진실이라면 그것이 개인의 사생활과 관련된 경우에만 명예훼손죄가 성립하는 것으로 개정할 필요성이 있다는 것이다.

당시 소관위원회(법제사법위원회)²⁷⁹⁾는 개정안은 공적 영역과 사적 영역에 대한 언론의 자유의 제한 정도는 구분되어야 한다는 헌법재판소 및 대법원의 해석태도와 일치하나, 사생활의 비밀을 침해하는 사실과 그 외의 사실을 명확히 구분할 수 있을지 여부가 문제되고, 또한 허위사실 적시 명예훼손죄와 달리 ‘공연성’ 요건을 삭제하여 그 처벌범위가 지나치게 확대되고 허위사실 적시 명예훼손죄 등과의 법체계상 불균형을 초래한다고 검토하였다.

279) 남궁 석 법제사법위원회 수석전문위원, 형법 일부개정법률안(1090호) 검토보고서, 2016. 11.

(5) 검토

우선 형법 제310조의 위법성조각사유의 요건인 진실성과 공익성의 개념을 세분화하여 피해자가 공인인 경우에는 무조건 공익성을 인정하는 것으로 개정하는 안은 공인에 대한 사실적시이면 그 내용이 직무수행 등 공적 영역에 관한 것인지 아니면 공인 개인의 지극히 사적 영역에 관한 것인지 상관 없이 모두 공익성 요건을 충족하는 것으로 한다는 점에서 타당하지 않다. 이는 일본 형법에서 위와 같이 규정하여 통설과 판례가 공인의 직무수행 등 공적 영역에 관한 진실한 사실 적시의 경우에만 한정하여 해석하고 있음은 전술한 바와 같다. 또한 후술하겠지만 공인의 공적 영역에 관한 사안에 대하여 진실을 공표하는 것을 일단 명예훼손죄의 구성요건에 해당한다고 보아 범죄로서 규정하는 것은 역시 타당하지 않다.

또한 사실적시 명예훼손죄를 완전히 폐지하는 개정안은 앞서 살펴본 바와 같이 개개인의 사적인 영역과 관련된 내용이 세상에 공표되는 것을 방치함으로써 인간으로서 존엄하게 사회생활을 누릴 권리를 중대하게 침해할 수 있고, 위와 같은 인격권 내지 프라이버시권은 국민의 표현의 자유 및 알권리 만큼이나 헌법상 중요한 기본권이며, 손해배상 등 민사적 구제만으로는 피해자 보호가 불충분하고 특히 피해규모와 정도가 매우 중대한 인터넷, SNS 등을 이용한 명예훼손에 대하여는 국가형벌권을 발동시킬 필요가 있다는 점에서 타당하지 않다.

마지막으로 사실적시 명예훼손죄의 범위를 사생활의 비밀을 침해하는 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손하는 경우로 축소하자는 개정안은 피해자가 공인이 아닌 일반 사인의 경우 그의 직무수행 등 사적 영역이 아닌 것과 관련된 내용에 관하여 사실을 적시하는 경우에도 무조건 명예훼손죄가 성립하지 않게 되는데 이는 사인과 공인의 명예권의 보호 정도, 사인의

직무수행과 공인의 직무수행에 대한 국민의 알권리의 인정 정도가 다름을 간과한 것으로 타당하지 않다.

이와 같이 각 개정안을 그대로 수용하기에는 문제점을 가지고 있으나, 지금까지 발의된 개정안들이 공통적으로 정치인 등 권력자들이 형법상 명예훼손죄를 정치적·사회적으로 악용하고 있다는 비판적 시각에서, 권력자들의 부패를 방지하고 사회의 투명성을 제고하여 민주주의를 제대로 실현하기 위하여는 진실을 공개하고 국민의 비판과 감시가 활성화될 수 있도록 국민들의 표현의 자유 및 알권리가 넓게 보장되어야 한다는 문제의식을 갖고 있음을 확인할 수 있다.

3. 비범죄화의 범위 및 근거

(1) 비범죄화의 범위 설정

공인의 공적 사안에 관하여 진실을 공표하는 경우 현재 우리 형법 체계에 의한다면 형법 제310조의 위법성조각사유를 의율할 수 있고 대법원 판례 또한 형법 제310조를 적용하여 위법성이 조각되어 무죄임을 선고하고 있다. 그런데 무죄인 이유를 위법성이 조각되는 것으로 보는 기존의 논리는 타당한지 않고, 그 전단계로서 구성요건해당성 자체를 배제시키고 비범죄화하는 것이 타당하다.

(2) 비범죄화의 근거

가. 법리적 근거

(가) 정치적 표현의 자유의 우위

공인의 공적 사안에 관하여 진실을 공표하는 것은 헌법상 기본권인 ‘정치적’ 표현의 자유를 행사하는 것이다. 국가, 정부 정책과 관련된 공인의 업무수행에 관하여 주권자로서 알고 있는 진실을 다른 국민들에게 알리고 자신의 의사를 표명하는 것은 국민의 당연한 권리이자 의무이다.

물론 헌법상 기본권의 행사라는 이유만으로 구성요건해당성이 배제된다고는 할 수 없다. 명예훼손죄의 보호법익인 명예권 또한 헌법상 기본권이고, 위와 같은 ‘정치적’이 아닌 사안에 관한 표현의 자유도 헌법상 기본권이기 때문이다. 결국 두 기본권이 충돌할 수 밖에 없는데 기본권 충돌을 위한 해결이론으로 통설²⁸⁰⁾과 헌법재판소 결정례는²⁸¹⁾ 법익형량이론 및 규범조화적 해석을 제시한다. 즉 충돌하는 기본권 간 가치의 서열이 인정된다면 법익형량이론을 적용하고, 그렇지 않은 경우는 규범조화적 해석을 적용한다는 것이다. 법익형량이론은 기본권이 충돌하는 경우 서로 비교형량하여 보다 큰 법익을 보장하는 상위 기본권을 보다 작은 법익을 보장하는 하위 기본권에 우선시켜 해결한다는 이론이다. 규범조화적 해석은 충돌하는 기본권들을 가능한 한 모두 보호하는 조화점을 찾아 최적화의 상태에서 이를 해결하려고 하는 이론이다.

헌법재판소는 개인의 기본권인 언론의 자유와 인격권인 명예는 모두 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권에 그 뿌리를 두고 있으므로 두 권리의 우열은 쉽사리 단정할 수 없고, 두 기본권이 충돌하는 경우 개별사안에서 두 기본권을 이익형량하여 비례관계를 따져야 한다고 판시하였다.²⁸²⁾ 대법원 역시 “우리가 민주정치를 유지함에 있어서 필수불가결한 언론, 출판 등 표

280) 정종섭, 앞의 책(주 6), 355면; 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008, 342면.

281) 헌법재판소 2004. 8. 26. 선고 2003헌마457 결정; 2007. 10. 25. 선고 2005헌바96 결정.

282) 헌법재판소 1999. 6. 24. 97헌마265 결정.

현의 자유는 가끔 개인의 명예나 사생활의 자유와 비밀 등 인격권의 영역을 침해할 경우가 있는데 표현의 자유 못지 않게 이러한 사적 법익도 보호되어야 할 것이므로 인격권으로서의 개인의 명예보호와 표현의 자유의 보장이라는 두 법익이 충돌하였을 때 그 조정을 어떻게 할 것인가는 구체적인 경우에 사회적인 여러 가지 이익을 비교하여 표현의 자유로 얻어지는 이익·가치와 인격권의 보호에 의하여 달성되는 가치를 형량하여 규제의 폭과 방법을 정해야 할 것이다” 라고 판시한 바 있다.²⁸³⁾

그런데 국민으로서 국가, 정부의 정책 등에 대하여 진실을 공표할 표현의 자유 및 알권리는 공인의 명예권보다 우위에 있는 상위 기본권이라고 해야 한다. 국민주권주의는 우리나라 나아가 세계 보편적인 근본적 국가이념이고 이를 구현하기 위한 중요한 장치가 국민으로서 국가, 정부의 정책 등에 대하여 진실을 공표할 표현의 자유 및 알권리의 보장이기 때문이다. 우리 헌법은 제1조 제2항에서 ‘대한민국의 주권은 국민에게 있고 모든 권력은 국민으로부터 나온다’ 라고 정하여 국민주권을 헌법원리로 천명하고 있다. 즉 국가의 정당성은 오로지 국민에 바탕을 둘 때에만 정당화될 수 있는 것이다. 따라서 표현의 자유 중 이러한 좁은 의미의 정치적 표현의 자유²⁸⁴⁾는 국민주권주의를 실현하기 위한 표현의 자유의 본질적 영역으로 어떠한 이유에서든지 제한해서는 안되는 것이다.

미국의 자가지배(self-government) 이론도 이를 뒷받침한다. 자가지배이론은 미국 내에서 표현의 자유의 헌법상 고유한 목적과 의미에 관한 이론 중 하나로서²⁸⁵⁾ 표현의 가치에 따라 헌법의 보호정도를 달리 해야 하는데 주

283) 대법원 1988. 10. 11. 선고 85다카29 판결.

284) 넓은 의미의 ‘정치’는 ‘사람들 사이의 갈등이나 문제를 해결하는 활동’이라는 의미도 있지만, 사전적 의미로 ‘나라를 다스리는 일, 국가의 권력을 획득하고 유지하며 행사하는 활동’이고, 여기서도 좁은 의미의 사전적 의미로 사용하기로 함.

285) Alexander Meiklejohn, “Political Freedom: The Constitutional Powers of the People”, 26(1960)[문재완(b), “공인에 대한 명예훼손”, 법조 51권 8호, 법조협회, 2002, 253면 재인용].

권자인 국민이 정치적 의사결정을 내리는데 도움이 되는 정치적 표현은 절대적으로 보호되어야 한다고 주장한다.²⁸⁶⁾ 즉 민주주의는 치자와 피치자가 동일하여 국민의 자가지배가 이루어지고 정부는 국민의사를 수용하는 정치 원리로서, 정부의 권한은 국민의 동의에서 나오는 것이고 국민이 정부 정책에 대하여 결정하기 전 그 문제에 대하여 충분히 알아야 하므로 국민들의 정치적 표현, 즉 정부와 정책에 대한 비판은 헌법이 보호해야 할 표현의 자유의 핵심적 내용이라는 것이다.²⁸⁷⁾ 즉 표현행위자 개인보다는 사회적 차원에서 표현의 자유의 중요성을 논하는 이론이다. 그러나 이 이론에 의하더라도 공공사항에 관한 논쟁을 왜곡하는 허위 발언, 타인의 명예를 훼손하는 허위 발언은 그것이 공공정책과 관련된 것이라도 절대적 보호를 해서는 안 된다고 주장한다. 우리 대법원 판례도 명예훼손죄 관련 사안에서 표현의 자유와 명예권의 이익형량을 실시하면서 표현의 자유의 중요성과 관련하여 ‘민주주의 국가에서 여론형성을 위한 중요한 헌법적 권리’라고 실시함으로써 자가지배 이론에 입각한 듯한 태도를 보이고 있다. 결국 정치적인 표현에 한정하여 그것이 표현의 자유의 최소 존립근거라는 점에서 다른 권리보다 그 우위성을 인정하는 것이 타당하다.²⁸⁸⁾

이와 같이 표현의 자유 중 진실을 말할 정치적 표현의 자유는 표현의 자유의 본질적 내용에 해당하는 반면, 이 기본권과 충돌하는 공인의 명예권은 그 제한이 수인되어야 한다. 공인은 그의 직업적 위치와 역할에 의하여 불가피하게 그리고 의식적으로 자신을 공개하였기 때문에 언론과 대중이 그

한편 이와 달리 표현의 자유를 헌법상 권리로 보호해야 할 정당성을 인간의 자기 실현에서 찾는 ‘자기실현이론’도 존재하는데, 이는 인간이 생각을 발전시키고 정신적으로 탐구하고 스스로를 긍정하는데 필요한 내적 부분이 표현의 자유라고 해석한다.[문재완(a), “표현의 자유와 민주주의-청자 중심의 표현의 자유이론을 위한 서론-”, 세계헌법연구 제 17권 2호, 2011, 92면]

286) Cass R. Sunstein, Free Speech Now, 59U.Chi.L.Rev. 255, 1992, 92면.

287) 문재완(a), 앞의 논문(주285), 90면.

288) 문재완(b), 앞의 논문(주285), 252-254면.

의 매 순간 말과 행동을 가까이 감시하는 것을 당연히 용인해야 할 의무가 있는 것이다.²⁸⁹⁾ 우리 판례가 정부, 국가기관은 정책결정이나 업무수행과 관련하여 항상 국민의 감시와 비판의 대상이 되어야 하므로 명예훼손죄의 피해자가 될 수 없다고 판단한 것도 같은 맥락이다.

(나) 불법의 부재

공인의 공적 영역에 관한 진실을 공표하는 행위는 명예권보다 상대적으로 우위에 있는 ‘정치적’ 표현의 자유를 행사하는 것으로, 범죄로서의 불법성이 없고 그럼에도 불구하고 일단 명예훼손죄의 구성요건으로 포섭하고 있는 현행법 체계는 타당하지 않다.

통설인 3원적 범죄성립요건설에 따르면 행위자의 행위가 구성요건해당성, 위법성, 책임성을 갖추면 범죄는 성립한다. 이 중 구성요건은 ‘형벌 부과 대상이 되는 추상적으로 기술된 행위유형’이다. 형법이 감내할 수 없는 일정한 행위유형에 의한 법익침해를 금지하고 그것을 유형화하여 규정한 것이 구성요건으로, 구성요건에 해당하면 위법성이 징표된다.²⁹⁰⁾ 한편 위법성 요건의 판단은 구성요건해당성에 의하여 징표된 위법성이 위법성조각사유에 의하여 조각되는가를 검토하는 소극적인 방식으로 이루어진다. 이는 구성요건 자체가 이미 전형적인 불법을 유형화하여 기술한 것이어서 구성요건해당성은 위법성을 추정하기 때문이다. 따라서 구성요건해당성은 예외적으로 이러한 추정이 깨어지지 않는 이상 위법하다. 즉 위법성이 조각된다는 것은 구성요건의 배후에 존재하는 원칙적 금지가 개별 사안에서 허용규범의 개입으로 예외적으로 해제되는 것을 의미한다.²⁹¹⁾

289) article 19(주260), 7면.

290) 이재상·장영민·강동범, 형법총론(주131), 106면.

291) 위의 책, 216-217면.

형법에서의 불법성은 어떤 행위를 범죄로 규정하여 형벌에 의하여 처벌하기 위하여 형벌을 부과할만한 수위에 이른 불법성을 의미한다. 따라서 이는 사회 공동생활의 존립과 기능을 현저히 침해할 정도의 사회적 유해성 내지 법익 침해의 반사회성을 의미하는 것이고 단순히 도덕이나 사회윤리를 위반하는 정도가 아니다.²⁹²⁾

물론 특정한 인간의 행위에 대하여 그것이 불법이며 범죄라 하여 국가가 형벌권을 행사하여 이를 규제할 것인지 아니면 단순히 도덕률에 맡길지의 문제는 인간과 인간, 인간과 사회와의 상호관계를 함수로 하여 시간과 공간에 따라 그 결과를 달리할 수 밖에 없는 것이고 결국은 사회의 시대적 상황, 사회구성원들의 의식에 의하여 결정될 수밖에 없다.²⁹³⁾ 따라서 사회적 유해성 내지 법익 침해의 반사회성을 판단하는데 있어서 각 나라 및 사회마다 다양한 역사와 문화·관습, 시대적 상황 및 범죄실태, 국민 일반의 가치관 내지 법감정 등이 영향을 미친다. 그러나 형법이 사회의 가장 기본적인 중요한 가치를 보호하기 위한 최후의 가혹한 수단이라는 측면에서 인류 보편적인 관점에서 판단할 수밖에 없다. 살인, 상해, 강도, 강간 등과 같은 행위는 사람에게 물리적 힘을 가하여 인간의 생명을 빼앗거나 신체의 건강을 해치는 행위로 어느 국가, 사회를 불문하고 그 행위의 사회적 유해성, 법익 침해의 반사회성이 사회 공동생활의 존립과 기능을 현저히 침해할 정도임을 부정할 사람은 아무도 없으므로 행위불법 및 결과 불법이 명백히 인정되고 당연히 범죄행위이다.

그런데 특정 행위가 살인, 강도 등의 사회적 유해성 내지 반사회성을 가지고 있다고 보기는 어렵지만, 국가안보, 시장경제질서 등을 위태롭게 하는 등 사회적 유해성이 있는 경우 불법성을 인정하여 범죄로 규정될 수 있고, 실제 형법이나 특별형법에 규정된 적지 않은 범죄가 그러하다.

292) 위의 책, 72면.

293) 헌법재판소 2001. 10. 25. 선고 2000헌바60 결정.

명예훼손은 사람의 명예 즉 외부적 평판을 손상시키는 행위이다. 명예는 눈에 보이지 않고, 명예훼손적 사실을 적시하는 행위만으로는 그 자체로 사람의 생명이나 신체의 건강, 눈에 보이는 물질적인 재산에 해를 끼치지 않는다. 따라서 살인, 강도, 강간 등 범죄와 같이 반사회성이 명백히 인정되는 행위라고 보기 어렵다. 그러나 명예는 사람의 인격의 일부로서 인격권 내지 명예권은 사회적 존재인 사람이 인간답게 행복하게 살아가기 위하여 매우 중요한 권리이고 따라서 우리 헌법이 기본권으로서 보장하고 있다. 명예훼손 행위는 이러한 중대한 기본권인 명예권을 침해하므로 불법성이 인정되고 따라서 범죄로 규정하여 형사처벌하고 있는 것이다. 사회적 존재인 인간은 필연적으로 다른 사회구성원들과 함께 살아가야 하는데 그러한 가운데 개인의 가족관계, 부부관계 등 은밀한 내적 영역에 관한 사실이 외부로 공표되지 않을 권리를 보호받을 필요가 있고, 또한 사회 구성원으로서 살아가면서 자기 나름의 노력으로 구축한 평판, 지위 등을 침해받지 않을 권리가 있다.

그러나, 공인이 수행하는 업무와 관련하여 진실한 사실을 적시하는 경우에는 전술한 바와 같이 정치적 표현의 자유가 공인의 명예권보다 우위에 있다. 따라서 공인의 명예권이 제한된다 할지라도 이러한 성격의 표현행위는 정상적인 사회생활의 한 부분으로서 범죄로서의 불법성을 인정할 수 없다. 따라서 이러한 범주 안의 표현행위도 다른 표현행위와의 아무런 차별 없이 명예훼손죄라는 범죄로 구성하는 것은 타당하지 않다.

이와 관련하여 진실한 사실을 전달하거나 주장하는 것은 사회생활의 정상적 표현형식으로 그 자체가 반가치적 요소를 포함하지 않고 따라서 이를 형법의 금지영역으로 가져오기 위하여는 보호하려는 법익이 중대한 법익이어야 하고 그러한 행위를 형법으로 금지하지 않으면 해당 법익을 보호하기 어려운 특단의 사정이 존재해야 한다는 견해를 참고할 만하다.²⁹⁴⁾ 이 주장

은 비록 적시 내용의 성격을 따지지 않고 사실 적시에 의한 명예훼손죄 자체를 폐지해야 한다는 주장의 논거로서 필자의 견해와 다르나, 위 논거 자체는 타당하다고 생각된다. 적시한 진실이 공인이 수행하는 업무와 관련된 것이라면, 그것을 공표하는 것은 국민의 표현의 자유 및 알권리의 발현으로 당연한 권리이자 의무로서 그 자체가 반가치적 요소를 포함하지 않고, 이 영역 안에서는 개인의 명예권 내지 인격권보다 표현의 자유, 알권리가 절대적으로 우위에 있으며 달리 이러한 표현행위를 형사처벌해야 할 특별한 사정이 존재하지 않는다.

(다) 비례의 원칙 위반

공인의 공적 영역에 대한 진실한 사실을 공표하는 행위를 명예훼손죄로 처벌하는 것은 헌법 제37조 제2항에 의한 기본권 제한의 실질적 요건인 비례의 원칙에도 위반된다.

헌법 제37조 제2항에 의하면 국민의 모든 자유와 권리 즉 기본권은 국가 안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 제한할 수 있는데 이는 곧 정당한 목적을 위하여 적합한 수단에 의하여 비례성을 준수하여야 함을 나타낸다. 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙 내지 비례의 원칙에 의하여 기본권을 제한하는 경우 그 제한은 최소한에 그치게 함으로써 충돌하는 기본권들이 양립할 수 있도록 해야 한다. 헌법재판소와 대법원 판례도 비례의 원칙에 따라 구체적으로 해당 법률조항이 기본권을 제한하는 목적이 정당한지, 그러한 목적을 달성하기 위하여 마련한 수단이 충돌하는 기본권을 보호 또는 제한하는데 있어서 적절한 비례를 유지하고 있는지 등을 심사해야 한다고 판시하였다.²⁹⁵⁾

294) 김성돈(b), 앞의 논문(256) 102면.

295) 헌법재판소 2011. 12. 29. 2010헌마293 결정.

또한 어떠한 법익을 보호하기 위하여 형법에 범죄로 규정하여 형사처벌하는 경우 그것이 헌법의 비례의 원칙에 반하지 않아야 한다. 형법은 그 제제의 성격이 가장 강력하다는 측면에서 최후에 적용되어야 하고 따라서 보호법익은 제한적으로 인정되어야 한다. 형법은 일정한 범죄행위에 대하여 처벌함으로써 범죄자의 이익, 일반적으로는 활동의 자유를 침해하기 때문에 범죄가 발생하면 피해자의 법익침해가 생길 뿐만 아니라 동시에 범죄자의 이익침해도 생길 수 있다. 또한 범죄자 뿐만 아니라 형법의 일반인에 대한 경고적 기능 때문에 일반인의 행위의 자유도 위축된다. 따라서 과도한 형벌은 일반인의 활동의 자유를 과도하게 제한할 수 있다.²⁹⁶⁾

결국 범죄에 대한 형사제재를 할 것인가의 문제는 피해자의 이익과 범죄자 또는 일반인의 이익이 충돌하는 영역이다.²⁹⁷⁾ 따라서 입법자는 어느 행위를 범죄화하고자 할 때 피해자의 법익을 고려함과 동시에 범죄자 또는 일반인의 이익도 고려하여 양자를 형량해야 한다. 형벌로써 보호하고자 하는 피해자의 이익보다 형벌로 인해 침해되는 범죄자 내지 일반인의 이익이 현저히 크다면 비범죄화를 선택하는 것이 바람직하다.

그런데 공인의 공적 영역에 대한 진실한 사실을 공표하는 것을 명예훼손죄로 처벌하는 현행 형법은 비례의 원칙에 위반된다. 우선적으로 명예훼손죄의 보호법익인 명예에 대한 절대적인 다수설인 외부적 명예설²⁹⁸⁾에 따르면 목적의 정당성 자체가 인정되지 않는다.

명예훼손죄의 보호법익은 명예로서 일반적으로 명예는 3가지로 구분된다.

296) 김준호, “형법 제307조 제1항의 비범죄화에 관한 소고”, 공익과 인권 제4권 제2호, 2007, 103-120면.

297) 이용식(a), “형법에서의 이익형량”, 서울대학교 법학, 제48권 제2호, 2007, 11-14면.(이 논문에 의하면, 예를 들어 배임죄에 관한 판례 중 모험적 거래의 경우 경영판단의 법칙을 적용하여 배임죄에 해당되지 않는다고 판단하는 것은 통상적인 경제활동의 자유를 박탈하여서는 안된다는 사고가 깔려 있고, 강제집행면탈죄의 경우 강제집행을 당할 구체적 위험이 있는 상태에서 행해진 경우에만 성립한다고 해석하는 것은 물품 처분이나 채무 부담 등 통상적인 경제활동의 자유를 되도록 넓게 확보하려는 취지라고 설명한다.).

298) 이재상·장영민·강동범, 형법각론(주27), 184면.

즉, 자기 또는 타인의 평가와는 독립하여 객관적으로 인격에 내재하는 진가 즉 인격적 가치를 의미하는 내적 명예, 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 의미하는 외적 명예, 자기의 인격적 가치에 대하여 자기 자신이 갖는 가치 의식으로서의 주관적인 평가를 의미하는 명예감정으로 구분된다. 그런데 명예훼손죄의 보호법익으로서 명예의 개념은 어떻게 되느냐에 대하여 다수설²⁹⁹⁾은 외적 명예라고 해석하고, 판례³⁰⁰⁾도 같은 입장이다. 이와 달리, 명예훼손 행위에 의하여 외적 명예 뿐만 아니라 인간의 존엄성과 가치라는 측면에서의 내적 명예도 침해될 수 있다는 점에서 명예훼손죄의 보호법익은 외적 명예와 주관적 감정을 배제한 내적 명예라는 견해가 있고³⁰¹⁾ 우리 형법은 진실한 사실을 적시하는 경우에도 명예훼손죄로 처벌하는데 외적 명예는 사실적인 개념이므로 명예의 주체인 피해자에게 당연한 사실을 적시하는 경우에는 명예의 침해가 없거나 불가능하게 되므로 명예개념은 순수하게 규범적으로 파악하여 개인에게 뿐만 아니라 사회적 승인관계에서도 인정되는 ‘인격의 중요한 가치’ 내지 ‘이러한 가치로부터 도출되는 존중대우의 요구’ 라고 해야 한다는 견해가 있다.³⁰²⁾

내·외적 명예설의 경우 내적 명예는 순수한 인격가치로서 타인의 침해에 의하여 훼손될 수 없는 것으로 형법은 이를 보호할 필요도 없고 보호할 수도 없다는 점에서 타당하지 않고³⁰³⁾, 규범적 명예개념설의 경우 형법상 모든 규정은 기본적으로 보호법익에 대한 존중요구를 내포하고 있기 때문에 명예훼손죄에 대하여만 그 존중요구를 보호법익으로 파악하는 것은 타당하지 않다.³⁰⁴⁾ 명예훼손 행위를 처벌하는 것은 사회적 존재인 인간이 다른 사

299) 박상기, 형법각론(주27) 171면; 배종대, 형법각론(주27) 268면; 신동운, 형법각론(주27) 695면; 오영근, 형법각론(주2) 162면; 이재상·장영민·강동범, 형법각론(주27) 184면.

300) 대법원 1987. 5. 12. 선고 87도739 판결.

301) 김일수·서보학, 형법각론(주27), 154면.

302) 이정원, 형법각론, 신론사, 2012, 222-224면.

303) 이재상·장영민·강동범, 형법각론(주27) 183면.

304) 김일수·서보학, 형법각론(주27), 153면.

람들과 더불어 사는 과정에서 존엄성을 침해받지 않도록 하는데 의의가 있는바 타인의 평가와 독립하여 생각할 수 없다는 점에서 사람의 가치에 대한 사회적 평가인 외부적 명예를 보호법익으로 파악하는 것이 타당하다고 생각된다. 그렇다면 공인의 공적 영역과 관련된 진실적시 명예훼손죄의 보호법익은 공인의 업무집행과 관련하여 거짓에 기초한 외부적 평가로서 그 목적의 정당성이 없다. 특히 국민들에게 모범이 되어야 하고 국가가 올바르게 발전하는데 기여해야 할 공인에 대한 평가라는 점에서 더욱 그러하다.

또한 법익 형량 측면에서도 공인의 공적 영역에 대한 진실한 사실을 표현할 정치적 표현의 자유는 공인의 명예권보다 우위에 있다. 민주주의 국가의 국민은 국가의 주인으로서 누구나 국회의원, 시장 등 공인의 공적 영역과 관련한 진실한 사실을 알 권리가 있고 이를 적극적으로 표현하고 청취하고 토론하는 등 정치적 의사결정 과정에 참여할 권리가 있다. 이러한 권리의 행사로서 설령 공인의 명예가 침해되는 결과가 초래되더라도 개인적인 차원에서 민사적으로 구제수단을 도모하도록 해야지 국가 차원에서 형벌권까지 발동하는 것은 형법의 보충성의 원칙에 반한다.

실제로 헌법재판소는 형법에 범죄로 규정한 몇몇의 법률조항에 대하여 비례의 원칙을 위반하여 헌법상 보장된 국민의 기본권을 침해한다는 위헌 결정을 한 바 있다.

우선, 형법 제241조(삭제 전)의 간통죄에 관한 위헌소원 결정³⁰⁵⁾에서, 해당 처벌조항이 비례의 원칙에 위반하여 헌법 제10조의 인격권과 행복추구권에 기초하는 성적 자기결정권(성행위 여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 권리) 및 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다는 결정을 하였다. 헌법재판소는, 심판대상 조항이 선량한 성풍속

305) 헌법재판소 2015. 2. 26. 선고 2009헌바17 결정.

및 일부일처제에 기초한 혼인제도를 보호하고 부부간 정조의무를 지키게 하기 위한 것으로 입법목적의 정당성은 인정된다고 하였다.

그런데 침해의 최소성에 있어서, 국가형벌권의 행사는 중대한 법익에 대한 위협이 명백한 경우에 한하여 최후의 수단으로 필요 최소한의 범위에 그쳐야 하고, 성행위와 같은 사생활의 내밀영역에 속하는 부분에 대하여는 그 권리와 자유의 성질상 국가는 최대한 간섭과 규제를 자제하여 개인의 자기결정권에 맡겨야 하지, 내밀한 성생활의 영역에 국가가 개입하여 형벌의 대상으로 삼는 것은, 성적 자기결정권과 사생활의 비밀과 자유를 침해한다고 설시하였다. 또한 헌법재판소는 “비록 비도덕적인 행위라 할지라도 본질적으로 개인의 사생활에 속하고 사회에 끼치는 해악이 크지 않거나 구체적 법익에 대한 명백한 침해가 없는 경우에는 국가권력이 개입해서는 안 된다는 것이 현대 형법의 추세이다. 이에 따라 전세계적으로 간통죄는 폐지되고 있다”라고 설시하기도 하였다.

또한 수단의 적절성 측면에서도 간통죄의 보호법익이 일부일처제에 기초한 혼인제도인데, 현재 간통으로 처벌되는 비율이 매우 낮고, 간통행위에 대한 사회적 비난 역시 상당한 수준으로 낮아져 간통죄는 행위규제규범으로서 기능을 잃어가고, 형사정책상 일반예방 및 특별예방의 효과를 거두기도 어렵게 되었으며 부부 간 정조의무 및 여성 배우자의 보호는 간통한 배우자를 상대로 한 재판상 이혼 청구, 손해배상청구 등 민사상의 제도에 의해 보다 효과적으로 달성될 수 있으므로, 결국 간통죄가 처벌목적을 달성하는데 적절하고 실효성 있는 수단이라고 할 수 없고 고 판단하였다.

그리고 법익균형성 측면에서는, 간통죄 처벌로 달성하려는 일부일처제에 기초한 혼인제도 및 부부간 정조의무 보호라는 공익이 더 이상 달성될 것으로 보기 어려운 반면, 간통죄 처벌은 개인의 내밀한 성생활의 영역을 형벌의 대상으로 삼음으로써 국민의 성적 자기결정권과 사생활의 비밀과 자

유라는 기본권을 지나치게 제한하는 것이므로, 결국 법익의 균형성도 상실하였다고 판시하였다.

그리고, 형법 제304조(삭제 전)의 혼인빙자간음죄에 관한 위헌소원³⁰⁶⁾ 결정에서, 해당 처벌조항이 비례의 원칙에 위반하여 헌법 제10조의 인격권과 행복추구권에 기초하는 남성의 성적 자기결정권(성행위 여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 권리) 및 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다는 결정을 하였다. 헌법재판소는, 심판대상조항의 목적의 정당성 자체를 인정하지 않았다. 즉 남성이 위력이나 폭력 등 해악적 방법을 수반하지 않고서 여성을 애정행위의 상대방으로 선택하는 문제는 그 행위의 성질상 국가의 개입이 자제되어야 할 사적인 내밀한 영역인 점, 여성이 혼전 성관계를 요구하는 상대방 남자와 성관계를 가질 것인가의 여부를 스스로 결정한 후 자신의 결정이 착오에 의한 것이라고 주장하면서 상대방 남성의 처벌을 요구하는 것은 여성 스스로 성적자기결정권을 부인하는 것인 점, 혼인빙자간음죄가 다수의 남성과 성관계를 맺는 여성 일체를 '음행의 상습 있는 부녀'로 낙인찍어 보호의 대상에서 제외시키는 것은 남성우월적 정조관념에 기초한 가부장적·도덕주의적 성 이데올로기를 강요하는 것인 점 등에서 목적의 정당성이 인정되지 않는다고 판시하였다.

또한 수단의 적절성 및 침해의 최소성 측면에서도 결혼과 성에 관한 국민의 법의식에 많은 변화가 생겨나 여성의 착오에 의한 혼전 성관계를 형사법률이 적극적으로 보호해야 할 필요성은 이미 미미해졌고, 성인이 어떤 종류의 성행위와 사랑을 하건, 그것은 원칙적으로 개인의 자유 영역에 속하고, 다만 그것이 외부에 표출되어 명백히 사회에 해악을 끼칠 때에만 법률이 이를 규제하면 충분하며, 사생활에 대한 비범죄화 경향이 현대 형법의 추세이고, 세계적으로도 혼인빙자간음죄를 폐지해 가는 추세이며 일본, 독

306) 헌법재판소 2009. 11. 26. 선고 2008헌바58 결정.

일, 프랑스 등에도 혼인빙자간음죄에 대한 처벌규정이 없는 점, 기타 국가 형벌로서의 처단기능의 약화, 형사처벌로 인한 부작용 대두의 점 등을 고려하면, 그 목적을 달성하기 위하여 혼인빙자간음행위를 형사처벌하는 것은 수단의 적절성과 피해의 최소성을 갖추지 못하였다고 판시하였다.

그리고, 마지막으로 법익의 균형성 측면에서는 혼인빙자간음죄는 개인의 내밀한 성생활의 영역을 형사처벌의 대상으로 삼음으로써 남성의 성적자기 결정권과 사생활의 비밀과 자유라는 기본권을 지나치게 제한하는 것인 반면, 이로 인하여 추구되는 공익은 오늘날 보호의 실효성이 현격히 저하된 음행의 상습없는 부녀들만의 '성행위 동기의 착오의 보호'로서 그것이 침해되는 기본권보다 중대하다고는 볼 수 없으므로, 법익의 균형성도 인정되지 않는다고 판단하였다.

(라) 비범죄화와 위법성조각의 구별 필요성

현행 형법에 의하더라도 형법 제310조에서 적시된 사실이 진실에 부합하고 공익적 목적이 인정되면 위법성이 조각되는 위법성 조각사유를 규정하고 있으므로 결론적으로는 명예훼손죄로 처벌되지 않으므로 굳이 구성요건 해당성을 배제해야 할 실익이 있는지 의문을 제기할 수도 있다.

그러나, 위와 같은 주장은 어떤 행위가 처음부터 범죄의 구성요건에 해당하지 않는 것과 일단은 범죄 구성요건에 해당하되 위법성이 조각되는 것은 차원이 다른 문제라는 것을 간과한 것이다. 애초부터 범죄의 구성요건 해당성을 부정하게 되면 그 행위는 정상적인 사회생활의 범주 안에 들어가는 정상적인 행위이지만, 구성요건 해당성은 일단 인정하고 소극적으로 위법성을 조각한다면 그 행위는 정상적인 사회생활의 범주 안에 들어가는 행위가 아닌 처벌가치가 있는 행위이고 다만 개별 사안에서 정당화사유가 존재하

여 불법이 탈락하는 것이라는 점에서 중대한 차이가 있다. 사람의 사회생활은 때때로 다른 사람의 기본권이나 법적 권리를 제한할 수도 있는데 그것이 정상적인 사회생활의 일부로서 받아들여야 하고 타인은 그 제한을 수인하는 것 타당하다면 그것은 다른 사람의 권리를 침해하는 것이 아니고 결국 범죄의 구성요건해당성이 부정되어야 하는 것이며 나아가 법률을 통하여 명확히 비범죄화하는 것이 바람직하다.³⁰⁷⁾ 따라서 법리적으로 타당하지 않은 법체계에 대하여 결과론적으로 동일한 결과를 가져온다는 논리로 정당화하는 것은 옳바르지 않다고 생각된다.

또한, 위 주장은 적시한 내용이 진실이고 공익적 목적을 가지고 공표한 것이라 하더라도 일단은 자신의 표현행위가 명예훼손죄라는 범죄행위에 해당하기 때문에 국민들은 그 표현에 있어 불안한 위치에 있다는 것을 간과한 것이다. 적시한 내용이 형법 제310조의 위법성조각사유에 해당하여 처벌되지 않을 가능성이 있다 하더라도 일단 범죄에 해당되는 이상 국민들은 위법성조각사유의 요건인 공익적 목적과 적시한 사실의 진실성이 인정되는지 여부에 대하여 수사단계에서부터 공판에 이르기까지 법률전문가인 검사를 상대로 치열하게 공방을 벌여야 하고 이러한 부담감은 표현활동의 위축효과(chilling effect)를 발생시킨다. 결국 법률전문가인 검사를 상대로 치열한 법정공방을 벌일 용기가 부족한 시민은 형사책임에 대한 두려움 때문에 사전적으로 자기 검열을 하고 진실의 표현을 포기할 수 밖에 없게 되고 결국 민주주의 국가의 주인인 국민의 알권리, 표현의 자유가 중대하게 침해받고 있는 것이다.³⁰⁸⁾

최근 헌법재판소와 대법원도 구성요건해당성 조각과 위법성 조각은 명확히 다른 것임을 판시한 바 있다.

307) 하민경, “구성요건해당성배제사유와 위법성조각사유의 구별기준”, 한양법학 제24권 제3집(통권 제43집), 2013, 404면, 411-412면.

308) 최관호, 앞의 논문(주255), 427-428면.

헌법재판소³⁰⁹⁾는 입영거부를 처벌하는 병역법 제88조 제1항 조항에 대하여 양심적 병역거부자들을 위한 대체복무를 규정하지 않은 부분에 대하여 비례의 원칙에 위반하여 양심의 자유를 침해한다고 판단하여 헌법불합치 결정을 내렸다. 그리고 대법원³¹⁰⁾도 병역법 제88조 제1항에서 처벌을 면하는 ‘정당한 사유’는 구성요건해당성을 조각하는 사유로서 위법성조각사유나 책임조각사유와 분명히 구별된다고 판시하면서, 양심적 병역거부는 정당한 사유에 해당되어 구성요건해당성이 조각된다고 판단하였다. 즉 양심적 병역거부자들은 집총이나 군사훈련을 수반하는 병역의무의 이행이 자신의 인격적 존재가치를 스스로 파멸시키기 때문에 병역을 거부하는 것으로, 이들에게 집총이나 군사훈련을 수반하는 병역의무의 이행을 강요하는 것은 양심의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것이고 소수자에 대한 관용과 포용이라는 자유민주주의 정신에도 위배된다고 판단하였다. 즉 판례의 취지를 해석하면 양심적 병역거부는 양심의 자유라는 기본권의 본질적 내용에 해당하고 자유민주주의 정신이라는 이념도 개입되어 있으므로 구성요건해당성을 조각한다고 판단한 것으로 사료되어진다.

또한 노동쟁의를 형법 제314조 제1항의 업무방해죄로 의율하여 처벌하는 것과 관련하여 위 업무방해죄 조문에 대하여 위헌소원이 청구되어 비록 헌법재판소가 합헌결정을 하기는 하였으나 노조의 쟁위행위와 관련하여 구성요건을 축소해석해야 한다는 발전된 견해를 제시하였고 이는 대법원 판례의 변경을 가져왔다. 종전 법원은 노조의 쟁위행위에 관하여 일단은 위력에 의한 업무방해죄의 구성요건에 해당한다고 전제하고 다음 단계로 정당행위 등 위법성조각사유가 있는지 여부를 검토하는 것이 일관적인 입장이었는데 변경된 판례를 통하여 구성요건을 축소해서 일부 쟁위행위를 구성요건해당성에서 배제하였다는 점에서 명예훼손죄에 대한 논의에도 참고할만하다.

309) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2011헌바379 결정.

310) 대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전합 판결.

헌법재판소는 업무방해죄에 관한 위헌소원 결정에서³¹¹⁾ “형법상 업무방해죄는 모든 쟁의행위에 대하여 무조건 적용되는 것이 아니라, 단체행동권의 내재적 한계를 넘어 정당성이 없다고 판단되는 쟁의행위에 대하여만 적용되는 조항임이 명백하다고 할 것이므로.....헌법 제33조 제1항은 근로자의 단체행동권을 헌법상 기본권으로 보장하면서 단체행동권에 대한 어떠한 개별적 법률유보 조항도 두고 있지 않으며, 단체행동권에 있어서 쟁의행위는 핵심적인 것인데 쟁의행위는 고용주의 업무에 지장을 초래하는 것을 당연한 전제로 하므로, 헌법상 기본권 행사에 본질적으로 수반되는 것으로서 정당화될 수 있는 업무의 지장 초래의 경우에는 당연히 업무방해죄의 구성요건에 해당하여 원칙적으로 불법한 것이라고 볼 수 없다. 단체행동권의 행사로서 노동법상의 요건을 갖추어 헌법적으로 정당화되는 행위를 범죄행위에 구성요건에 해당하는 행위임을 인정하되, 다만 위법성을 조각하도록 한 취지라는 해석은 헌법상 기본권의 보호영역을 하위 법률을 통해 지나치게 축소시키는 것이기 때문이다 “라고 판시하였다.

이에 따라 최근 대법원 판례³¹²⁾는 기존의 입장을 변경하여 쟁의행위로서의 파업이 근로자의 헌법상 기본권인 단결권, 단체교섭권, 단체행동권의 발현인 점을 고려하여 업무방해죄의 성립범위를 제한하였다.

즉 판례는 “쟁의행위로서의 파업은 근로자가 사용자에게 압력을 가하여 그 주장을 관철하고자 집단적으로 노무제공을 중단하는 실행행위로서 업무방해죄에서의 위력으로 볼 만한 요소를 포함하고 있지만, 근로자에게는 원칙적으로 헌법상 보장된 기본권으로서 근로조건 향상을 위한 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권이 있으므로, 이러한 파업이 ‘언제나 업무방해죄의 구성요건을 충족한다고 할 것은 아니며’, 전후 사정과 경위 등에 비추어 전격적으로 이루어져 사용자의 사업운영에 심대한 혼란 내지 막대

311) 헌법재판소 2010. 4. 29. 선고 2009헌바168 결정.

312) 대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 전합 판결.

한 손해를 초래할 위험이 있는 등의 사정으로 사용자의 사업계속에 관한 자유의사가 제압·혼란될 수 있다고 평가할 수 있는 경우에만 집단적 노무 제공의 거부도 위력에 해당하여 업무방해죄를 구성한다고 보는 것이 타당하다”고 판시하였다. 즉 헌법상 비례의 원칙을 적용하여 일정한 요건이 충족되는 경우에 한하여 업무방해죄의 구성요건에 해당되는 것으로 한정 해석한 것이다.

이에 대하여는 노동자의 단체행동권과 사용자의 재산권이라는 기본권이 충돌 하는데 표현의 자유가 근로영역에서 구체화된 근로3권 중 하나인 단체행동권이 경제적 기본권인 재산권보다 상대적으로 우월하고 보호법익이 크다고 볼 수 있으므로 ‘법익 형량의 원칙’에 따라 단체행동권을 우선해야 하고 구성요건해당성이 배제된다는 견해가 존재한다.³¹³⁾ 그리고 이는 적법한 쟁의상황이 발생하면 사용자는 성실한 교섭의무를 지고 교섭이 결렬되면 노조는 단체행동에 돌입할 수 있는 권리가 발생하므로 이에 대하여 사용자는 단체행동으로 인한 업무방해를 수인해야 할 의무가 있으므로 결국 보호해야 할 업무의 결여로 구성요건해당성이 배제된다고도 해석될 수 있다.³¹⁴⁾

물론 위 사안들에 대한 판례의 태도와 같이 공인의 공적 영역에 관한 진실 적시행위에 대하여도 굳이 형법을 개정하지 않고 구성요건 해석과정에서 배제하는 방향을 생각해볼 수도 있다. 그러나 명예훼손죄에는 형법 제310조의 위법성조각사유가 명문으로 존재하고 그 요건이 진실성과 공익성이기 때문에 이 조항과 충돌할 수밖에 없다. 위 사안에서 병역법은 아예 구성요건에 “정당한 사유”라는 구성요건이 배제될 수 있는 사유가 존재하

313) 임지봉, “업무방해죄의 적용에 관한 헌법적 고찰-헌법재판소 결정의 규범적 이해”, 노동법학 제34호, 2010. 6., 125-127면.

314) 이근우(b), “노동쟁의에 대한 업무방해죄 적용의 축소 가능성”, 비교형사법연구 제12권 제2호, 2010, 43면.

고, 업무방해죄는 별도의 위법성조각사유가 존재하지 않기 때문에 판례가 구성요건해당성을 좁히는 방향으로 해석이 가능한 것이다. 즉 명예훼손죄에 관한 형법 조문을 개정하지 않는 한 판례는 공인의 공적 영역에 관한 진실 공표가 범죄가 아님을 인식하면서도 현행법 체계가 형법 제310조를 위법성 조각사유로 명시하고 있기 때문에 구성요건해당성을 배제하는 것이 아니라 위법성을 조각하는 논리를 적용하는 것으로 어쩔 수 없이 판단할 수 밖에 없다. 따라서 현행법 체계를 개정하여 공인의 공적 영역에 관한 진실 공표 부분은 비범죄화해야 할 필요성이 크다.

나. 정책적 근거

(가) 전략적 봉쇄소송의 차단

최근 국회의원, 지방자치단체의 장 등 많은 정치인들이 공무 집행과 관련된 진실이 국민들에게 알려지는 것을 은폐하기 위한 수단으로서 명예훼손죄로 고소, 고발하는 경우가 적지 않다.

물론 명백히 음해적인 허위사실 공표로서 명예훼손죄로 처벌하는 것이 마땅한 사건도 적지 않지만, 많은 정치인들이 자신에게 불리한 진실이 밝혀지는 것을 막기 위하여 빈번하게 명예훼손죄로 고소·고발 또는 맞고소·고발을 하면서 수사 및 재판을 자신들의 정쟁의 장으로 이용하는 것을 목격할 수 있다.³¹⁵⁾ 그리고 나아가 불순한 방법으로 검찰 수사 및 법원의 재판에 개입하려고 하고, 최종적인 수사결과 및 재판결과에 대하여 자신들의 입

315) 미국의 주에서 명예훼손 처벌조항이 위헌처분되거나 주의회에서 자발적으로 폐지된 이유가 1920년부터 1956년 사이의 형사상 명예훼손 사건의 1/2정도가 정치적으로 유력한 자가 자신의 권위를 유지하기 위하여 제기한 것과 관련되어 있다고 한다.(최관호, 앞의 논문(주245), 429-430면).

맛에 따라 정치적 관점에서 비판하고 이를 정쟁의 도구로 사용하는 일이 적지 않다. 이들은 실제로 명예가 훼손되어 그 피해를 주장하며 형사고소·고발을 하는 것이 아니라 진실에 대한 의혹이 공론화되어 진실이 밝혀지지 않도록 국민들의 관심을 분산시키고 이를 자신을 음해하려는 다른 정치세력의 공격으로서 치부하려고 한다. 따라서 결과적으로 정치인 등 공인이라는 거대세력에 의하여 국민의 진실을 표현할 자유 및 알권리가 중대하게 침해되고 있는 것이다.

이와 같이 정치인들이 명예훼손죄를 정치적으로 악용하여 그들의 정책이나 비리 등에 관한 보도, 비평 등의 표현의 자유를 억압하는 것을 이른바 ‘전략적 봉쇄소송’(SLAPP: Strategic Lawsuit Against Participation)이라고 표현하기도 한다.³¹⁶⁾ 전략적 봉쇄소송은 공적 관심사나 사회적 중요성이 있는 실체적 문제에 관하여 정부에 대한 비판적 의사를 표명한 개인 또는 단체를 상대로 제소하는 것으로 제소자의 목표는 승소가 아니라 제기된 문제를 법적 논쟁으로 왜곡시키면서 본래 논의의 핵심을 흐리고 피소자에게 고통을 줄 목적으로 제소하는 것이라고 한다.³¹⁷⁾ 명예훼손죄로 고소 또는 고발하는 실질적 목적이 개인의 명예에 대한 침해로부터의 보호가 아니라 정부에 대한 비판을 방지하고 반대당을 모략하는 것에 있는 것이다.³¹⁸⁾

한 예로 미국의 경우, 1920년부터 1955년까지 명예훼손 형사사건의 절반 정도가 정치적으로 유력한 자가 자신의 권력을 유지하기 위하여 제기한 경우로 대부분이 주도권 다툼에서 이긴 정치인에 대하여 반대세력이 명예훼손성 발언을 하였다고 처벌된 것으로 확인된다. 이와 같은 현실에 대하여 과거 영국에서 권력을 갖고 있는 특권계층들이 자신들에 대한 비판적 여론

316) 윤상민, “형법상 정치인의 명예보호”, 법학연구 제29권 제3호, 한국법학회, 2013, 131면.

317) 김명식, “전략적 봉쇄소송 규제법의 국내법적 수용방안”, 국회입법조사처, 2010, 61면(윤상민, 위의 논문, 131면 재인용).

318) article 19(주260), 7면.

을 봉쇄하고 권력을 향유하기 위한 수단으로 명예훼손죄를 사용했던 것과 똑같은 양상이라고 비판한다.³¹⁹⁾

공인에 대한 허위의 사실을 유포하여 올바른 여론 형성 및 정치적 의사결정의 자유를 침해하는 것은 분명 사회질서유지를 위태하게 하는 것이므로 마땅히 수사기관 및 사법기관은 사건의 실체를 정확히 밝혀 법과 원칙에 따라 엄중하게 처리해야 할 의무가 있다. 그러나 공인의 공적 업무와 관련된 객관적으로 진실인 사실에 대하여 또는 상당히 설득력 있는 근거가 뒷받침된 사실이 공론화되는 것에 대하여 수사기관 및 사법기관이 개입하는 것은 형법의 보충성 원칙에 반하고, 오히려 적극적으로 공론화하여 공인의 공적 업무를 비판, 감시하고 발전된 방향으로 나아갈 수 있도록 하는 것이 타당하다.

(나) 명예훼손 기소 남용의 저지

허위사실 적시 명예훼손죄로 의율함에 있어서 적시한 내용이 허위라는 점에 관한 입증책임이 검찰에 있으므로, 실무에서는 검찰에서 피의자가 적시한 내용의 허위를 입증하기 어려운 사안의 경우, 사실적시 명예훼손죄로 의율하여 기소하는 것이 적지 않다. 법원 또한 허위사실 적시 명예훼손죄로 기소된 사건에 대하여 재판 중 그 입증이 불충분한 경우 검찰의 공소장 변경을 거쳐 또는 직권으로 사실적시 명예훼손죄로 판결을 선고하고 있다. 이는 적시한 내용이 진실인지 불문하고 명예훼손죄가 인정되는 법체계에 기인한다. 이러한 실무의 경향은 명예훼손죄의 중요한 구성요건인 ‘사실 적시’ 인지 여부를 판단하는 기준이 불명확한 점과 맞물려서 명예훼손죄 기소의 남용을 초래하고 있다. 특히 공인의 공적 영역에 관한 사실 적시의 경우 민주주의의 발

319) Robert A. Leflar(주 266), 985-986면, 1031면.

전을 위한 국민들의 자유로운 정치적 의사표현이 명예훼손죄라는 기묘한 장치에 의하여 조용히 사라지는 무서운 결과를 초래할 수 있다.

명예훼손죄가 성립하기 위하여는 명예가 훼손될만한 사실을 적시해야 한다. 즉 단순한 주관적 가치판단 내지 의견개진이 아니라 구체적인 사실을 적시해야 한다.

이와 같이 구체적인 사실 적시만을 명예훼손죄의 행위태양으로 하는 이유는 침해되는 법익에 대한 위험성이 다르기 때문이다. 즉 가치판단의 경우 발언자의 주관적 견해에 대하여 상대방이 거리를 두고 나름대로 의견을 형성하거나 자신의 의견을 유지하는 것이 용이하지만 사실 적시의 경우 객관적인 형태를 취하여 사실에 근거한 특별한 설득력과 증명력의 지지를 받기 때문에 상대방이 그에 대하여 거리를 두고 독자적으로 판단하는 것이 쉽지 않고 발언자보다 정확한 정보를 가지고 있지 않는 한 발언을 그대로 받아들이는 상황이 발생할 가능성이 매우 크다.³²⁰⁾

판례는 입증가능성을 사실 적시와 의견 개진의 핵심적인 구분기준으로 실시하고 판단에 필요한 여러 가지 고려요소를 실시하고 있으나 그 개념이 다소 추상적이어서 구체적 사안에서 해석이 자의적일 수 있고 실제로 개별 사안마다 검사 또는 판사의 가치관에 따라 일관적이지 않게 판단하고 있는 실정이다. 실제 필자는 검사로서 실무를 오래 경험하였고 특히 명예훼손 사범을 적지 않게 처리하였는데 명예훼손 사건을 처리하면서 가장 어려웠던 점이 바로 표현내용이 사실적시인지 아니면 단순한 의견표현인지 여부를 판단하는 것이었다. 이러한 구별의 어려움과 적시내용의 허위성 여부를 불문하고 처벌하는 우리의 형법 시스템이 결합하여 허위인지 여부가 명확하지 않을 뿐만 아니라 사실적시인지 의견표현인지 애매한 상황에서 사실 적시 명예훼손죄로 기소함으로써 표현자의 표현의 자유를 중대하게 침해하는 상황이 심심치 않게 발생

320) 한수웅, 앞의 논문(주5), 33면.

하고 있다.

사실적시인지 의견표현인지 애매한 상황은 특히 논평이나 의혹의 제기, 정치적 풍자 표현의 경우 많이 발생한다. 특히 어떠한 사실을 기초로 의견이나 논평을 하는 경우에는 명예훼손이 성립할 수 있다는 것이 판례의 일관적 태도이므로 상황에 따라 의견표현의 경우도 명예훼손죄가 성립할 수 있다. 즉 판례는 명예훼손은 의견을 표명하는 방법으로 행해질 수 있고, 어떤 의견의 표현이 그 전제로서 사실을 직접적으로 표현한 경우는 물론 간접적이고 우회적인 방법에 의하더라도 그 표현의 전취지에 비추어 어떤 사실의 존재를 암시하고 또 이로써 사회적 가치 내지 평가를 침해할 가능성이 있으면 명예훼손이 된다고 하면서 어떠한 의견이나 논평이 전제되는 사실을 적시하고 있는지 여부를 판단하는데 있어서 사실과 의견을 구별하는 기준 즉 언어의 통상적 의미와 용법, 입증가능성, 문제된 말이 사용된 문맥, 그 표현이 행하여진 사회적 상황 등 전체적 정황을 그대로 적용한다고 판시하고 있다.³²¹⁾ 또한 판례는³²²⁾ 사실의 적시에 관한 책임을 회피하기 위해 의견표현으로 채색하여 표현되는 경우가 적지 않다고 하면서 “--라는 제보가 있다”라고 발언했다 하더라도 그 사실의 존재를 암시하는 의도가 내포되어 있고 수용자도 그러한 취지로 받아들이기 때문에 제보의 내용을 이루는 사실을 적시한 것이라고 볼 수 있다고 판시하는³²³⁾ 등 의혹제기의 경우도 사실적시로 인정하고 있다.

물론 풍자나 만평이 명예훼손에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 판례³²⁴⁾는 “풍자나 만평이 인물 또는 사건 풍자의 소재가 되는 구체적인 사실 관계를 직접 적시하지 않고 이에 풍자적 외피를 씌우거나 다른 사실관계에

321) 대법원 2002. 1. 22. 선고 2000다37524 판결.

322) 부산고법 1992. 6. 17. 선고 92노215 판결.

323) 대법원 2005. 7. 22. 선고 2005도2627 판결.

324) 대법원 2000. 7. 28. 선고 99다6203 판결.

빛대어 은유적으로 표현하는 기법을 사용하는 만큼, 그 만평을 통하여 어떠한 사상이 적시 또는 표현되었는가를 판단하는 데에는 이와 같은 풍자적 외피 또는 은유를 제거한 다음 작가가 그 만평을 게재한 동기, 그 만평에 사용된 풍자나 은유의 기법, 그 만평을 읽는 독자들의 지식 정도와 정보 수준 그리고 그 만평의 소재가 된 객관적 상황이나 사실관계를 종합하여 그 만평이 독자들에게 어떠한 인상을 부여하는가를 기준으로 삼아야 한다” 고 판시하는 등 풍자나 만평에 대하여 명예훼손 성립 여부를 엄격하게 판단하고는 있으나 그 기준이 추상적이고 결국 개별 사안에서 수사기관이나 법원의 가치판단이 개입될 수 밖에 없다는 측면에서 정치적으로 악용될 가능성은 여전히 크다고 할 수 있다.

공적 인물의 공적 영역에 대한 진실한 사실을 공표하는 것이 명예훼손죄가 성립한다고 한다면 위와 같이 사실적시인지 의견표명인지 구별하는 기준이 불명확하고, 공표한 내용의 허위성을 입증하기 어려운 경우 사실적시 명예훼손죄로 과감히 기소하는 실무를 고려할 때, 어느 정도 신빙성 있는 근거에 의하여 의혹을 제기하거나 진실한 사실에 대하여 논평이나 풍자를 하는 경우도 명예훼손죄로 처벌될 위험성을 배제할 수 없고 결국 국민들이 정치인 등 공인에 대하여 문제를 제기하고 검증, 감시함으로써 민주주의를 실현할 기회를 박탈당하게 되는 심각한 결과가 초래된다.

4. 사이버 명예훼손죄에 있어서 특수성

전술한 바와 같이 사이버 공간은 쌍방향성(two-way)의 특수성을 가진다. 특히 사이버 명예훼손죄는 이러한 특수성이 사이버 공간에서 공인의 공적 영역에 관한 사실 적시행위의 비범죄화의 필요성을 더욱 뒷받침해준다.

사이버 공간에서 명예훼손적 표현이 적시되는 경우 순식간에 수많은 사람

들이 이를 접하고 자기 나름의 의견을 개진한다. 명예훼손의 당사자인 피해자도 물론 진실 여부에 대하여 즉각적인 반박을 할 수 있다. 즉 사이버 공간에서 일종의 토론의 장이 형성되고 그 과정에서 진실 여부에 대한 첨예한 공방이 벌어진다. 우리 헌법재판소가 전술한 바와 같이 사이버 공간의 특성을 지적하며 “가장 참여적인 시장” 이고 “표현촉진적인 매체” 라고 설시한 것은 바로 이러한 이유에서이다.

이러한 토론의 대상이 공인의 공적 영역에 관한 내용이라면 이야말로 국민에 의한 정치참여, 진정한 민주정치라고 할 수 있다. 실제로 최근 몇 년 사이 우리나라의 모습이고, 이러한 토론과정에서 결과적으로 진실이 밝혀지기도 하였고, 공인의 업무집행상 비리 등이 진실로 밝혀진 경우 수사 및 재판에 의하여 엄정한 법집행이 이루어지기도 하였다.

공인의 사생활 또는 일반 사인에 대하여 불특정 다수인들이 이러한 토론을 벌이는 것은 타당하지 않다. 그것은 국민의 알권리의 대상이 아니고 국민이 무제한적으로 비판하고 감시할 수 있는 대상이 아니기 때문이다. 그러나 공인의 공적 영역에 대한 사실에 대하여는 국민들이 어떠한 것에도 구애받지 않고 자유롭게 비판하고 감시할 수 있을 때 그 나라의 민주정치가 발전할 수 있고, 사이버 공간은 이러한 과정을 더욱 촉진해주는 중요한 매개체이다.

제5절 비범죄화의 개정방향

1. 공인의 범주

(1) 서설

비범죄화의 대상인 공인의 개념이 추상적이고 포괄적이어서 이를 판례의 해석에만 전적으로 맡길 경우 죄형법정주의의 한 요소인 명확성의 원칙 및 법적 안정성에 반할 가능성이 크다. 따라서 어느 정도 법률에서 그 개념을 정의하여 한정지을 필요가 있다.

공인의 사전적 의미는 ‘공적인 일에 종사하는 사람’이다.³²⁵⁾ 대법원 판례나 헌법재판소 결정례는 형법 제310조의 위법성조각사유 여부를 검토하는데 있어서 피해자가 공인인 경우 사인과 달리 판단해야 한다고 실시하고 있는데, 공인과 사인을 구별하는 기준에 대하여는 명확히 판시하고 있지 않고 개별적 사안에서 공인에 해당되는지를 판단하고 있는 상황이다. 따라서 우선 판례가 공인이라고 판단한 구체적인 경우를 살펴보고 미국의 ‘현실적 악의의 원칙’과 관련된 공인 이론을 비롯한 외국의 입법례를 검토한 후 법적 타당성 있는 결론을 도출하기 위한 기준을 제시해보고자 한다.

(2) 판례의 태도

판례는 전술한 PD수첩 사건에서 국가 또는 국가기관의 정책결정이나 업무수행과 관련된 사항은 항상 국민의 감시와 비판의 대상이 되어야 하는 것이고, 이러한 감시와 비판은 이를 주요 임무로 하는 언론보도의 자유가 충분히 보장될 때에 비로소 정상적으로 수행될 수 있다는 점에서, 국가 또는 국가기관은 형법상 명예훼손죄의 피해자가 될 수 없다고 하였다. 또한 피고인이 고흥군청 인터넷 홈페이지에 수 차례 고흥군 및 고흥군수에 대한 비방성 글을 올린 것이 문제가 되어 정보통신망법상 명예훼손죄로 기소된 사안에서, 국가 뿐만 아니라 지방자치단체도 형법상 명예훼손죄의 피해자가

325) 국립국어원 표준국어대사전.

될 수 없다고 하며 고흥군에 대한 유죄판결을 파기한 최근 판례³²⁶⁾를 비롯하여 대법원 판례의 원칙적 입장이 지방자치단체에 대하여도 명예훼손죄의 피해자로 인정하지 않고 있다.

국가, 국가기관, 지방자치단체는 자연인이 아니지만 인(人)에는 법인도 포함되고, 공적 조직, 단체로서 공인이라 볼 수도 있다고 판단된다. 판례는 이 경우 위법성 조각 여부가 아니라 명예훼손죄의 객체 자체가 안된다고 보았는데 그 이유로서 그 업무수행이 항시 국민의 감시와 비판을 받아야 한다는 이유를 설시하고 있다. 즉 판례의 태도의 기본적 기저에는 그 업무수행이 항시 국민의 감시와 비판을 받아야 하는 위치 내지 직위에 있는 사람을 명예훼손죄의 객체가 되지 않는다는 사고가 깔려 있고 이는 타당하다고 생각된다. 다만 국가, 국가기관, 지방자치단체의 경우는 사적 영역이라는 것이 있을 수 없기 때문에 적시한 내용이 공적 영역인지 사적 영역인지를 따질 필요 없이 그에 대한 사실 적시는 모두 명예훼손죄의 구성요건에 해당하지 않는 것이다.

한편 판례는 명예훼손죄의 위법성 여부를 판단함에 있어서 사인과 공인을 다르게 취급해야 한다고 하면서 공인에 대하여 ‘공적 인물’ 또는 ‘공적 존재’라는 표현을 사용하고 있는데 이에 해당한다고 판시한 것으로 전국민주노동조합총연맹, 국회의원, 도의회의원, 검사, 변호사, 유명한 핵물리학자(이휘소 박사), 대기업 회장(대우그룹 김우중 회장), TV뉴스앵커 경력이 있는 방송사 국제부차장인 중견언론인, 방송사 책임 프로듀서, 언론사 등이 있다.³²⁷⁾ 또한 유명 배우나 가수, 개그우먼 등 연예인의 경우도 공적인 인물에 해당된다고 판시하기도 하였다.³²⁸⁾

공적 인물로 인정한 판례의 근거를 살펴보면, 이휘소 박사에 대하여는

326) 대법원 2016. 12. 27. 선고 2014도15290 판결.

327) 한위수(a), 앞의 논문(주184), 177-178면.

328) 김진, 앞의 논문(주189), 300면.

“뛰어난 물리학자로서 우리나라 국민에게 많은 귀감이 될 수 있는 사람으로서 공적 인물이 되었다” 고 하였고,³²⁹⁾ 대우그룹 김우중 회장에 대하여는 “뛰어난 기업인으로서 우리나라 국민에게 많은 귀감이 될 수 있는 사람으로서 우리 사회의 공적 인물이 되었다” 라고 판시하였다.³³⁰⁾ 또한 변호사에 대하여도 “변호사는 공공성을 지닌 법률 전문직으로서 기본적 인권을 옹호하고 사회정의를 실현함을 사명으로 하는 공적인 존재에 해당” 한다고 판시하였다.³³¹⁾ 그리고 유명가수인 신해철에 대하여도 “일반인들에게 널리 알려진 유명 연예인으로서 상당한 인기를 누리고 있는 스타라고 할 것이므로 이른바 공적 인물이라고 볼 것이다” 라고 판시하였고³³²⁾, 유명 배우인 전지현에 대하여도 동일하게 설시하고 있다.³³³⁾

그리고 하급심 판례 중에는 공무원이라고 하여 모두 공인의 지위에 있다고 할 수 없고 공무원 중에서도 국가의 정책방향을 정하는 지위에 있거나 선거직에 종사하여 그 활동이 일정 지역사회나 국가적인 관심사에 해당하는 등 사유가 있어 그 활동상황을 사회에 알릴 필요가 있다는 점이 인정되어야 공인의 지위에 있다고 판시한 것이 있다.³³⁴⁾

한편, 최근 판례 중에 아래에서 서술할 미국의 ‘제한적 공적 인물’이라는 용어를 사용하지는 않았으나 그와 관련된 이론을 검토함으로써 공인에 대한 명예훼손과 관련된 기존의 판례의 법리를 보다 구체화하였다고 평가받는 판례³³⁵⁾가 있다. 피고 언론사가, 청소년 성범죄를 소재로 하는 사회고발영화의 감독(원고)이 아내를 여러 차례 폭행하고 식칼로 위협하였으며 아들을 감금하였다는 등의 사유로 고소당하여 조사를 받고 있다고 보도하였

329) 서울지법 1996. 6. 23. 선고 94카합9230 판결.

330) 서울지법 1995. 9. 27. 선고 95카합3438 결정.

331) 대법원 2011. 9. 2. 선고 2008다42430 전원합의체 판결.

332) 서울지법 2001. 12. 19. 선고 2001가합8399 판결.

333) 서울중앙지법 2005. 7. 6. 선고 2004가합82527 판결.

334) 윤상민, 앞의 논문(주316), 127면(서울지법 2000. 8. 23. 선고 99가합30768 판결).

335) 대법원 2016. 5. 27. 선고 2015다33489 판결.

고 이후 일부 무죄선고를 받은 원고가 피고를 상대로 명예훼손을 이유로 손해배상청구를 한 사안에서, 판례는 “피해자가 공적 인물 중에서도 공직자나 정치인 등과 같이 광범위하게 국민의 관심과 감시의 대상이 되는 인물인지, 단지 특정 시기에 한정된 범위에서 관심을 끌게 된 데 지나지 않는 인물인지, 적시된 사실이 피해자의 공적 활동 분야와 관련된 것이거나 공공성·사회성이 있어 공적 관심사에 해당하고 그와 관련한 공론의 필요성이 있는지, 그리고 공적 관심을 불러일으키게 된 데에 피해자 스스로 어떤 관여가 된 바 있는지 등을 종합적으로 살펴서 결정하여야 한다” 라고 판시하면서, 본건의 경우 원고가 청소년 성범죄를 소재로 한 ‘사회 고발 영화’를 통하여 한때 청소년 성범죄의 심각성 등에 관한 공적 논쟁을 불러일으켜 일반의 관심을 끌었다 하더라도, 기사 내용은 위와 같이 사회적 관심의 대상이 된 주제와는 거리가 멀고, 사회적으로 의미가 있는 공적인 관심 사안이라기보다는 주로 원고 가정 내부의 사적인 영역에 속하는 일로서 원고의 인격권 내지 사생활의 비밀과 명예를 침해할 우려가 높다고 판시하여 명예훼손에 의한 손해배상책임을 인정하였다.

원고는 공직자나 정치인 등 공적인 업무를 담당하는 사람이 아닌 영화감독인 사인에 불과하고, 청소년 성범죄의 심각성 등에 관한 공적 논쟁을 불러일으켜 일반의 관심을 받음으로써 그 주제와 관련된 부분에서 제한적으로 공인이 되었다고 하더라도 적시한 사실은 공적 논쟁의 대상이 된 주제와는 무관한 개인의 사생활과 관련된 내용이므로 표현의 자유로서 보호받아야 할 표현이 아니라는 점에서 판례의 태도는 타당하다.

위와 같은 일련의 판례들을 통하여 우리 법원이 공인으로 판단하는 기준을 나름대로 정리하면 다음과 같다. 우선 공직자, 정치인 등 국가, 정부와 관련된 업무를 수행하여 국민의 감시와 관심의 대상이 되는 사람을 공인으로 본다. 그리고 뛰어난 학자, 기업가와 같이 그 사회적 업적으로 대중적인

지명도가 높은 사람도 공인으로 보며, 유명 뉴스 앵커, 연예인 등과 같이 대중적 지명도가 높고 그의 언행이 사회적으로 큰 영향력을 가져오는 사람의 경우도 공인으로 본다. 또한 전술한 최근 판례에 의하면 자발적으로 정치적 또는 사회적 논쟁에 뛰어들어 공적 관심을 불러일으킨 경우에도 제한적 범위에서 공인으로 본다.

(3) 외국 입법례

가. 미국

전술한 바와 같이 미국은 1964년 미 연방대법원의 New York Times Co. v. Sullivan 판결에서 ‘현실적 악의의 원칙’ (actual malice rule)을 도입하였는데, 적용대상과 관련하여 공인이론이 등장하였다. 따라서 미국의 공인이론의 핵심은 공적 사안에 대한 표현의 자유 보호를 근거로 명예훼손의 대상이 공인인지 사인인지 구별하여 적시내용의 ‘진실성’의 입증책임을³³⁶⁾ 다르게 판단한 것으로 ‘공적 인물’의 범주를 어디까지 설정할 것인가에 대하여 참고할만하다.

최초 위 판결에서 현실적 악의의 원칙이 적용되어야 한다고 설시한 대상은 공직자였다. 그리고 공직자의 개념에 대하여 미 연방대법원은 “정부조직상의 공무원 중 정부의 행동에 대하여 실질적인 책임 또는 통제권이 있거나 공중에게 그러하다고 보여지는 사람 “이라고 설시하였다.³³⁷⁾ 미국 판례가 공직자로 인정한 예로는 판사, 전속 국선변호인 등 사법부, 입법부, 행정부의 구성원 등이 있다.³³⁸⁾ 또한 현직 공무원 뿐만 아니라 공직에 출마한

336) 이용식(b) “명예훼손행위의 위법성조각사유로서의 공익성 판단과 공적인물 이론”, 경찰학 논총 제5권 제2호, 원광대학교 경찰학연구소, 2010, 110면.

337) 한위수(a), 앞의 논문(주184), 158-159면[Rosenblatt v. Baer, 383 U.S. 75, 85(1966)]

입후보자, 퇴직 공무원에 대하여도 적용된다고 해석한다.³³⁹⁾

이후 미 연방대법원은 공직자 뿐만 아니라 정책결정에 대하여 사회적으로 큰 영향력을 가진 인물인 이른바 ‘공적 인물’에 대하여도 자유로운 비판이 행해질 필요가 있다는 점에서 ‘현실적 악의의 원칙’이 적용되어야 한다고 판시하였다.³⁴⁰⁾ 그리고 그러한 공적 인물에 대하여는 전면적 공적 인물(*general purpose public figures*)과 제한적 공적 인물(*limited issue public figures*)로 나누어 판단하고 있다.

전면적 공적 인물은 그와 관계된 사람들의 다수가 이름을 알고 있고 그의 활동을 그 집단의 사람들이 관심을 가지고 지켜보며 그의 의견이나 행위가 그 집단 사람들이 의사결정을 하는 과정에서 고려될 것이 합리적으로 기대되는 사람을 의미한다.³⁴¹⁾ 여기에 해당된 예로는 유명연예인, 저명인사, 사회운동 등으로 유명해진 인물, 기업 또는 지역사회의 지도자, 작가·비평가·칼럼니스트, 종교지도자, 유명사건의 변론을 담당한 변호사, 대규모 언론·출판기관 등이 있다.³⁴²⁾

한편 제한적 공적 인물은 특정한 공적 논쟁의 결정에 영향을 미치기 위하여 그 논쟁의 전면에서 자발적으로 나선 자를 의미한다.³⁴³⁾ 즉 자발적으로 공적 논쟁에 나섬으로서 비판적인 보도와 논평의 대상이 될 수 있는 위험을 감수하였다는 점에서 ‘현실적 악의의 원칙’의 적용을 받아야 한다는 것이다. 다만 이 경우 ‘현실적 악의의 원칙’이 적용되는 범위는 제한적 공적 인물이 자발적으로 일으킨 공적 논쟁에 관련된 것에 한정된다. 이처럼 제한적 공적 인물의 개념이 전면적 공적 인물보다는 명확하지 않기 때문에

338) 김진, 앞의 논문(주189), 296면.

339) 문재완(b), 앞의 논문(주285), 235면.

340) *Curtis Publishing Co. v. Butts*, 388 U.S. 130(1967).

341) *Harris v. Tomczak*, 94 F.R.D. 687, 700-701, 8 Media L. Rep. 2145(E.D.Cal.1982).

342) 김진, 앞의 논문(주189), 297면.

343) *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 418 U.S. 323, 345(1974).

미국에서는 명예훼손 소송이 제기되면 주로 원고가 이 제한적 공적 인물에 해당되는지가 주요 쟁점이 된다. 연방대법원 판례는 한 상원의원이 예산을 낭비한 대표적 사례로 Hutchison이라는 과학자의 연구작품을 선정하여 발표하자 위 과학자로부터 명예훼손의 민사소송을 제기당하였는데, Hutchison 스스로가 공적 논쟁에 자발적으로 뛰어든 것이 아니고 언론접근이 용이한 것도 아니라는 이유로 제한적 공적 인물이 아니라고 판시하였다.³⁴⁴⁾

즉 제한적 공적 인물인지 여부를 판단하는데 있어서 명예훼손의 대상자가 공적 논쟁을 불러일으켰는지, 그 논쟁에 자발적으로 참여하였는지 여부가 중요 요소가 된다. 그런데 과연 공적 논쟁이 무엇을 의미하는지에 대하여는 판례의 태도가 명확하지 않다.³⁴⁵⁾ 한편 판례에서 제한적 공적 인물로 인정된 예로는 민권운동가, 문학적·예술적 성과에 대한 비평에 참여한 자유기고가, 의료보험 논쟁에 참여한 의사 등이 있다.³⁴⁶⁾

한편 미국 내에서는 현실적 악의의 원칙이 적용되는 공적 인물의 범주에 대하여는 공직자(public official)로 제한해야 한다는 비판적 목소리가 적지 않다.

이 주장³⁴⁷⁾은 공적 인물의 범주를 넓힌 Butts판결의 예를 들면서, Butts는 공직자(public official)와 유사하거나 공공정책(public policy) 결정에 상당한 영향을 줄 수 있는 위치에 있었다는 특수성 때문에 현실적 악의의 원칙이 적용된 것이라고 설명한다. 즉 Butts는 단순한 대학의 미식축구 코치가 아니라 학내 스포츠 프로그램 운영에 대하여 전반적으로 책임을 지는 지위에 있었기 때문에 주요 공공기관(public institution)의 결정에 상당한 영향을 줄

344) Hutchison v. Proxmire, 443 U.S. 111(1979).

345) 문재완(b), 앞의 논문(주285), 237면.

346) 한위수(a), 앞의 논문(주184), 160-161면.

347) Frederick Schauer, "Public Figures", 25 Wm. & Mary L. Rev. 905, 1984, 914-932면.

수 있었고 따라서 현실적 악의의 원칙이 최초 정립된 사안인 뉴욕타임즈 판례에서의 공직자인 원고와 거의 비슷한 지위에 있었다는 것이다.

위 주장에 의하면, 표현의 자유를 다른 활동의 자유보다 특별히 보호해야 하는 이유는 표현의 자유가 정부의 개인에 대한 규제 위협으로부터의 중요한 방어책이기 때문이므로 그 범위 내에서는 다른 활동의 자유보다 우선시하여 보호해야 하나 그 범위를 벗어나는 영역에서는 표현의 자유를 제한해야 한다고 주장한다. 인간의 질병을 치유하기 위하여 약을 발명해왔으나 그것이 지나치면 마약 등 오남용의 폐해가 발생하듯이 정치적 사안에 대한 진실을 명확히 하여 민주주의를 실현하기 위하여 표현의 자유를 보호하는 정도를 넘어서서 지나치게 표현의 자유를 확대하면 명예훼손 등의 폐해가 발생한다고 비유한다. 그리고 인간의 삶이 자세히 따져보면 정치와 연관되지 않은 것은 찾기 어려우므로 사안이 ‘정치적’ 인지 여부를 판단할 때는 엄격히 판단하여 지나치게 표현의 자유가 확장되지 않도록 해야 한다고 한다. 즉 특별한 국가권력을 행사하여 공공정책에 영향을 가할 수 있는 지위에 있는 공직자에 대하여만 공적 인물로 설정하고 그들에 대한 표현에 대하여는 현실적 악의의 원칙을 적용하여 두텁게 보호함으로써 공직자에 대한 사법적인 보호를 제한하고 이로써 정부 규제의 위협으로부터의 중요한 방어라는 표현의 자유의 핵심영역의 보호를 극대화할 수 있다고 주장한다.

나. 기타 국가- 독일, 일본

독일의 경우 명예훼손적 행위가 공인에 대한 것이라는 이유만으로 미국과 같이 명예훼손죄의 성립요건이나 입증책임이 달라지지 않는으나, 전술한 바와 같이 정치인 등 공인에 대한 명예훼손 행위에 대하여 대부분 독일형법 제193조의 정당한 이익의 옹호와 관련된 이익형량에 있어서 고려되어 처벌

되지 않는다. 독일의 경우 공인의 개념을 명확히 정의하고 있지는 않는데 통설 및 판례는 ‘정치인’의 개념에 관하여 어느 정도 기간 동안 국가, 헌법, 입법 그리고 행정의 업무를 다루는 사람 즉 국가의 일반적이고 기본적인 업무에 해당하는 기능을 수행하는 사람으로서 실제 정치부문에 대하여 중요한 영향력을 행사하는 사람이라고 정의한다. 그리고 그 예로, 대통령, 연방정부 또는 주정부 구성원, 연방의회 의원 또는 주의회 의원, 정당간부, 연방헌법재판소 재판관 등이 이에 해당한다고 설명한다.

한편 독일의 조형예술 및 사진 작품에 대한 저작권법에 관한 법률 제23조 제1항 제1호에 의하면 ‘시사적 영역에서의 초상’에 대하여는 당사자의 동의가 없더라도 그 초상을 유포하고 전시할 수 있다고 규정하고 있는데, 그 ‘시사적 영역에서의 초상’에 해당하는 사람을 ‘절대적 시사적 인물’(absolute Person der Zeitgeschichte)이라고 지칭한다.³⁴⁸⁾ 즉 절대적 시사적 인물의 초상은 당사자 동의 없이 무제한적으로 공개적 유포, 전시의 대상이 될 수 있다는 것이다. 그리고 독일 판례와 학설은 ‘절대적 시사적 인물’에 대하여 개별적 사건에 관계 없이 인물의 전체적 사항이 정보의 이익을 갖게 되는 자라고 설명하고, 이러한 인물에 대한 표현의 경우 초상 뿐만 아니라 전반적인 표현의 자유를 상대적으로 넓게 인정하는 경향이 있는 바, 공적 인물과 비슷한 개념으로 생각된다.

독일 연방대법원은 캐롤라인 공주 사건³⁴⁹⁾에서 ‘절대적 시사적 인물’인지에 관한 판단기준을 여론이 특정인물의 초상을 중요하며 주목할 가치가 있다고 보고 이에 상응하여 사진에 대한 진정한 정보수요에 의하여 정당화

348) 독일 조형예술 및 사진 작품에 대한 저작권법에 관한 법률 제22조에 의하면 타인의 초상은 그 사람의 동의가 있어야만 유포되거나 공중에 전시될 수 있다고 규정되어 있다. 한편 시사적 인물에는 ‘상대적 시사적 인물’도 있는데 이는 공익에 관련된 사건에 한정하여서만 정보의 이익을 갖게 된 자를 말한다.(김수정, “사생활의 자유와 언론의 자유의 형량 -공공장소에서 촬영된 공적 인물의 사진보도에 관한 유럽의 논의를 중심으로-”, 민사법학 31호, 한국민사법학회, 2006, 278면).

349) BVerfGE 101, 361, 362면 이하.

되는 관심이 공중에게 있음이 인정되는 경우라고 실시하였다. 즉 ‘절대적 시사적 인물’ 인지 여부를 그 인물이 공적 지위를 갖고 있는지, 공적 업무를 수행하는지와 무관하게 대중에 대한 인지도를 주요 기준으로 판단한 것으로 보인다.

이 사안은 독일의 대중잡지들이 모나코의 캐롤라인 공주의 일상생활 사진을 파파라치로부터 입수하여 동의를 받지 않고 게재하여 문제가 된 것이었다.³⁵⁰⁾ 캐롤라인 공주가 시장에서 장을 보거나 승마를 하는 모습, 공개된 장소에서 캐롤라인 공주가 자녀들과 함께 있는 모습, 음식점 등에 있는 모습 등이 촬영된 사진들이 문제가 되었는데 독일 연방대법원은 캐롤라인 공주는 여론이 그의 초상을 중요하며 주목할 가치가 있다고 생각하고, 그 초상에 대한 공중의 관심이 정당하다는 이유에서 ‘절대적 시사적 인물’임을 인정하였다.

한편 일본의 경우는 전술한 바와 같이 일단 공무원, 공선에 의한 공무원 후보자가 피해자인 경우에는 일본형법 제230조의2 제3항에 의하여 적시한 사실이 진실이라는 증명만 있으면 공공의 이해에 관한 사실에 관계된 것으로 간주되어 따로 공익성을 입증하지 않더라도 명예훼손죄로 처벌되지 않는다. 또한 형법 제230조의2의 위법성조각사유 검토와 관련하여 판례는 공직자 이외에 대기업 회장, 노조대표, TV앵커, 대학 학장 등 정치적 권력에 준하는 정치적, 사회적 및 경제적 영향력을 가진 인물을 공인으로 판단하고 있어서 우리나라와 마찬가지로 공인의 범위를 넓게 인정하고 있다.³⁵¹⁾

(4) 검토

350) 송석운, “공적 인물의 인격권과 언론의 자유-독일 연방헌법재판소와 유럽인권법원의 캐롤라인 결정을 중심으로-”, 공법연구 제39집 제1호, 한국공법학회, 2010, 226면 이하 참조함.

351) 山田隆司, 앞의 논문(주274), 35-38면.

검토하기에 앞서 명확히 전제해야 할 점은 필자가 이 장에서 범주를 설정하고자 하는 대상인 공인은 그의 업무, 자질 등에 대한 진실한 사실의 적시가 명예훼손죄의 구성요건에 해당되지 않는 것이 마땅한 공인이라는 것이다.

즉 전술한 바와 같이 정치적 표현의 자유에 있어서는 공인의 명예권보다 우위에 있어 명예훼손죄의 구성요건해당성이 배제되므로 그러한 정치적 영역에 있는 공인만이 여기에 해당한다. 따라서 그 밖의 공인, 판례가 소위 공적 존재로 적시하는 유명인 등의 경우는 기존 법리와 같이 형법 제310조 등에 의하여 위법성이 조각될 수 있는 공인이다.

여기서 삼성, 현대 그룹 등과 같은 대기업 회장의 경영업무 등과 관련된 진실도 그러한 대기업이 사회 나아가 국가 전반에 미치는 영향을 고려할 때 국민들의 당연한 알권리의 대상이 되는 것이고 정치인, 공직자에 대한 것과 구분할 이유가 있느냐는 반론이 제기될 수도 있다.

그러나 대기업의 경영이 결과적으로는 국가 경제전반에 중대한 영향을 미치지만 그렇다고 해서 대기업 경영 업무가 정부정책 및 업무라고는 할 수 없다. 대기업의 회장도 어디까지나 기업인으로서 기본적으로 사적인 영리를 추구하는 것이 목적이고 다만 다른 중소기업과 달리 그 위치와 영향력을 고려할 때 기업의 사회적 책임 및 윤리의식을 더 많이 부담해야 할 뿐이다. 즉 대기업 회장은 정치인, 공직자와 달리 국민의 세금으로 월급을 받는 것도 아니고 업무 추진에 있어서 항상 국민 전체의 이익을 위하여 일해야 하는 것도 아니다. 따라서 그들의 업무추진과 관련하여 항시 국민의 감시와 비판을 받아야 하고 그 과정에서 명예 침해를 항상 수인해야 하는 의무를 가지고 있지도 않는 것이다. 따라서 그들의 명예권보다 국민의 표현의 자유가 우위에 있다고 볼 수 없고 상황에 따라 개별적으로 법익형량하여 위법

성이 조각되는지를 따져보아야 하는 것이다.

그렇다고 한다면 명예훼손죄의 비범죄화의 대상인 공인은 국가적인 업무를 수행하는 사람으로서 국민들의 정치적 의사형성 및 표현에 상당한 영향력을 미칠 수 있는 위치에 있어야 하고 그 업무수행이 항상 국민의 이익을 우선시하여야 하므로 국민들의 상시적인 감시와 비판을 수인해야 하는 위치에 있는 사람이어야 할 것이다.

그렇다면 우선적으로 공무원 또는 공직자의 경우가 이에 해당된다 할 것이다. 그러나 당연히 모든 공무원이 포함되는 것이 아니고 국민들의 정치적 의사형성 및 표현에 상당한 영향력을 미칠 수 있는 직급에 해당하는 공무원만이 해당될 것이므로 정부 정책의 결정과 시행과정에 영향을 미칠 수 없는 조직체계상 하위직 공무원은 공인 범위에 포함된다고 하기 어렵다.

다음으로 정치인이 해당된다 할 것이다. 정치인이야말로 국민들의 정치적 의사형성 및 표현에 상당한 영향력을 미치는 사람이고 나아가 국민들로부터 상시 비판과 감시를 받아야 하는 사람이기 때문이다. 여기서 정치인의 범주를 어디까지로 설정한 것인가가 문제되는데, 선거로 취임하거나 임명할 때 국회의 동의가 필요한 정무직 공무원을 비롯하여 정치활동에 종사하는 사람이라고 해야 할 것이다.

그런데 연예인, 유명 운동선수 등은 비범죄화의 대상인 공인이 아닐 뿐만 아니라 형법 제310조의 위법성 조각사유를 검토할 공인도 아니라고 보는 것이 타당하다. 그런데 우리 판례는 대체적으로 연예인, 유명 스포츠 선수 등과 같이 대중적이고 지명도가 높은 사람들을 공적 인물로 보고 그에 대한 사실 적시에 있어서 형법 제310조를 검토하고, 심지어 적지 않은 사안에서 사생활에 대한 보도에 대하여도 공익성을 인정하여 명예훼손죄가 성립하지 않는다고 하고 있는데 이는 타당하지 않다. 공인인지 여부는 유명도나

대중성으로 판단할 것이 아니고, 국민의 알권리는 모든 호기심에 대한 권리가 아니기 때문이다. 또한 “공적”이라는 단어는 “사스럽지 않고 널리 사회적, 국가적으로 관계된”이라는 사전적 의미를 지니는데 연예인, 유명 스포츠 선수 등 유명인을 공적 인물이라고 하는 것은 일상적 의미에 부합하지 않는다고도 할 수 있다.³⁵²⁾ 특히 유명인에 대한 사생활 보도는 국민들의 호기심을 자극하는 내용이 대부분이고 그것이 국가적, 사회적 이익을 실현하는데 도움이 되는 내용이 전혀 아니다.

한편 공직자, 정치인을 명예훼손죄의 비범죄화의 대상인 공인으로 한정지었는데 이를 법률로 규정하기 위하여는 좀더 그 범위를 명확히 할 필요가 있다. 이와 관련하여 법무부 훈령인 ‘인권보호를 위한 수사공보준칙’에서 열거하고 있는 공적 인물 중 제한된 범위의 인물을 참고할 수 있다고 생각된다.

법무부는 2010년 1월 법무부 훈령으로 ‘인권보호를 위한 수사공보준칙’³⁵³⁾을 만들었다. 국민의 알권리를 충족하면서도 인권보호를 강화한다는 차원에서 형법상 피의사실 공표죄를 감안해 기소 이전의 수사상황에 대한 정보공개를 엄격히 제한하고자 하였다.

수사공보준칙 제16조는 수사사건을 공보하는 경우 사건관계인에 대하여 익명으로 게시하는 것을 원칙으로 하면서 제17조 제1항에서 예외적으로 ‘수사사건과 관련하여 언론에 실명이 이미 공개되어 대중에게 알려진 경우’와 ‘사건 관계인이 공적 인물인 경우’에는 일정한 필요가 인정된다

352) 권태상, “공적 인물에 대한 명예훼손”, 비교사법 제22권 2호, 2015, 659-660면.

353) 법무부 훈령 제761호, 2010. 1. 22. 시행되었는데, 이 수사공보준칙은 2009년 초 노무현 전 대통령이 검찰수사를 받던 중 자살한 사건과 관련하여 검찰수사의 문제점에 대한 사회적 비난이 거세진 것을 배경으로 제정작업이 이루어졌다. 노무현 전 대통령 서거라는 사건이 배경이었기 때문에 전반적인 내용이 ‘수사대상자의 인권 보장’에 논의초점이 맞춰졌다.(심석태, “공인개념의 현실적 의의와 범위에 대한 고찰”, 언론과법, 한국언론법학회, 2011, 210면.)

면 사건관계인의 실명과 구체적인 지위를 공개할 수 있다고 규정하였다. 그리고 위 ‘공적 인물’의 개념에 대하여는 같은 조 제2항에서 정의하고 있는데, 다음과 같이 구체적으로 열거하고 있다.

우선 일정범위의 고위공직자를 규정한다. ① 차관급 이상의 입법부·사법부·행정부·헌법재판소·선거관리위원회·감사원 소속 공무원, ② 국회의원, ③ 지방자치단체의 장, 지방의회 의장, ④ 교육감, ⑤ 치안감급 이상의 경찰공무원, ⑥ 지방국세청장 이상 및 이에 준하는 국세청 소속 공무원, ⑦ 대통령실 비서관 이상 및 이에 준하는 대통령실 소속 공무원, ⑧ 공직자윤리법 제3조의2의 규정에 의한 공직유관단체의 장으로서 대통령이 임명하는 자이다. 공직자윤리법 제3조의2 제1항에 의하면 공직자윤리위원회는 정부 또는 지자체의 재정지원 규모, 임원선임방법 등을 고려하여 일정 기관 및 단체를 공직유관단체로 지정할 수 있다고 규정되어 있는데, 그 일정 기관 및 단체는 한국은행, 공기업, 정부·지방공사·지방공단·지자체의 출자·출연·보조를 받는 기관 및 단체 그 밖에 정부·지자체 업무를 위탁받아 수행하거나 대행하는 기관 및 단체, 임원 선임시 중앙행정기관의 장 또는 지자체장의 승인·동의·추천·제청 등이 필요한 기관 및 단체나 중앙행정기관의 장 또는 지자체장이 임원을 선임·임명·위촉하는 기관 및 단체이다.

둘째, 정당 대표, 최고위원 및 이에 준하는 정치인이다.

셋째, 공공기관 중 공공기관의 운영에 관한 법률에 의하여 기획재정부장관이 지정한 대규모 공공기관의 장이다. 위 법률 제4조 제1항에 의하면, 다른 법률에 따라 직접 설립되고 정부가 출연한 기관, 정부지원액이 총수입액의 2분의 1을 초과하는 기관, 정부가 100분의 50 이상의 지분을 가지고 있거나 100분의 30 이상의 지분을 가지고 임원 임명권한 행사 등을 통하여 당해 기관의 정책 결정에 사실상 지배력을 확보하고 있는 기관 등 중에 기획재정부 장관이 공공기관으로 지정할 수 있도록 되어 있다.

넷째, 특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률 제2조 제1호에서 정한 금융기관으로 예를 들어 한국은행, 금감원, 은행, 협동조합, 저축은행, 신용보증기금 등의 장이다.

다섯째, 자산총액 1조원 이상의 기업 또는 기업집단의 대표이사이다.

여섯째, 위 다섯가지 직에 있었던 사람이다.

한편 위와 같은 수사공보준칙의 ‘공인’의 정의에 대하여는, ‘공직유관단체의 장’에 대하여 공직자윤리위원회가 지정한 공직유관단체의 범위나 대통령이 임명한 장의 범위가 준칙 내용만으로 명확하지 않고, ‘공공기관의 장’의 경우도 기획재정부장관이 지정하는 것이라 역시 준칙 내용만으로 명확하지 않아 일반인들 입장에서는 어떤 사람이 공인에 해당되는지 파악하기 쉽지 않고 임명 기준의 변화나 기획재정부의 정책변경과 같이 행정부의 필요에 따라 쉽게 변경될 수 있어 문제가 있다는 비판적 견해가 있다.³⁵⁴⁾ 또한 이 견해에 의하면, 지방의회 의장만을 공인으로 하고 지방의회 의원을 제외한 것은 타당하지 않다고 주장한다.

명예훼손죄의 비범죄화 대상인 일정 범위의 공무원 및 공직자는 위 수사공보준칙에서 열거하고 있는 공적 인물 중 일정 범위의 고위공직자인 ①부터 ⑦까지 제한하고 여기에 지방의회 의원을 포함시키는 것이 어떨까 생각된다. 또한 정치인은 수사공보준칙에서 열거한 정치인인 정당 대표, 최고위원 및 이에 준하는 정치인으로 구체화할 수 있다고 생각된다.

한편, 전술한 바와 같이 명예훼손죄에 관한 국회 발의 개정안들 중에 형법 제310조의 위법성조각사유 조항의 개정을 주장하며 공익성이 인정되는 요건 중에 공인에 대한 사실 적시를 추가하자는 개정안이 있었다. 그리고 이 개정안에 따르면, ‘공인’의 개념을 ‘당사자가 중요한 사회적 관심사와 직접적으로 관련이 있거나 당사자의 지명도에 비추어 당사자의 행위가 사

354) 심석태, 위의 논문, 227면.

회구성원 다수의 관심을 유도할 수 있는 위치에 있는 사람’이라고 정의하였다. 그러나 이에 대하여는 ‘공인’의 개념을 지나치게 포괄적으로 규정하여 국민에게 예측가능성을 담보하여야 준다고 보기 어렵다는 국회의 검토의견이 있었고 필자도 이에 동의한다. 특히 위법성이 조각되는 대상이 아니라 명예훼손죄의 비범죄화 대상으로서의 공인의 경우는 더욱 그러하다 할 것이다.

2. 공적 영역의 범주

(1) 서설

명예훼손의 피해자가 공적 인물이라 하더라도 그에 관한 적시 내용이 국민의 정치적 의사형성 및 결정과는 전혀 무관하고 상시 감시와 비판을 받아야 하는 업무수행에 대한 것이 아니라면, 즉 지극히 사생활과 관련된 내용이라면 비범죄화하는 것은 타당하지 않다. 따라서 비범죄화의 대상은 공인의 ‘공적 영역’에 관한 사실적시여야 하는데 과연 ‘공적 영역’의 범주를 어떻게 설정할지가 문제된다.

(2) 일응의 기준 - 독일의 인격영역 이론

인간은 사회적 동물이기 때문에 인간의 생활 영역은 크게 사적인 영역과 공적인 영역으로 나눌 수 있다. 그러나 사적인 영역과 공적인 영역의 경계가 명확한 것은 아니고 중첩된 부분도 존재한다. 따라서 그에 관한 진실한 사실을 적시하는 것이 절대적으로 권리의 행사이고 범죄가 아닌 영역을 설정하는 문제는 쉽지 않다.

이와 관련하여 인격의 보호받는 영역을 구분하고 유형화하여 각 영역별로 상이한 보호를 주장하며 등장한 독일의 ‘인격영역 이론’³⁵⁵⁾은 참고할 만하다.

독일의 인격영역 이론은 표현행위와 인격권과의 충돌에 있어서 인격의 보호받는 영역을 구분하고 유형화하여 그 유형에 따라 표현의 자유와의 관계에서 상이한 보호를 피함으로써 표현의 자유와 인격권을 이익형량하고자 하는 것으로 독일 학계와 헌법재판소가 주장하는 이론이다. 독일의 종전 다수설은 인간생활의 영역을 크게 공개적 영역과 개인적 영역으로만 도식적으로 이분화하였으나 인격영역 이론은 이를 비판하면서 개인적 영역을 좀더 구체적으로 유형화한다. 독일 연방헌법재판소도 이 이론을 수용하여 개인적 영역 중 내밀 영역은 헌법상 인간의 존엄과 인격의 자유로운 발현에서 나오는 사적 생활 형성에 관한 불가침의 핵심영역으로 절대적 기본권을 인정해주어야 하므로 내밀영역에 대한 공권력의 침해는 절대 허용될 수 없고 반면 이러한 핵심 영역을 제외한 사적 영역에 대하여는 비례의 원칙에 의하여 공공의 이익이 우세한 경우 제한이 가능하다고 실시하였다.³⁵⁶⁾

우리 헌법재판소³⁵⁷⁾도 ‘공직자 등의 병역사항 신고 및 공개에 관한 법률’에서 4급 이상의 공무원 본인의 질병명을 인터넷에 게재하여 공개하도록 한 것의 위헌여부가 문제된 사안에서, “사람의 육체적, 정신적 상태나 건강에 대한 정보, 성생활에 대한 정보는 ’인간의 내적 핵심’을 이루는 요소이므로 이에 대한 공표는 허용될 수 없다. 또한 인간이 아무리 공동체에서 어울려 살아가는 사회적 존재라 할 지라도 개인의 질병명은 외부세계와의 접촉을 통하여 생성·전달·공개·이용되는 것이 자연스럽거나 필요한 정보가 아니므로 개인의 내밀한 영역 내에 유보되어야 하는 정보”라고 하면

355) 독일 인격영역이론에 대한 설명은 박용상, 명예훼손법, 현암사, 2008, 445-497면을 참조함.

356) BVerfGE 34, 238(1973).

357) 헌법재판소 2007. 5. 31. 2005헌마1139 결정.

서 위 법률조항이 헌법에 합치되지 않는다는 결정을 하였는바, 인간 생활의 영역에 따라 인격권에 대한 보호의 정도를 달리하는 입장이다.

인격영역을 어떻게 유형화할 것인가에 대하여는 다양한 견해들이 존재하는데 그 중 Wenzel의 인격영역 이론³⁵⁸⁾이 대표적이고 독일 연방헌법재판소 판례도 이와 같은 입장이다. 그에 의하면, 인격의 영역을 내밀영역, 비밀영역, 사적 영역, 사회적 영역, 공개적 영역의 5단계로 나누고 인격권에 의한 보호의 정도를 다르게 설명한다.

첫째 내밀영역은 인간 자유의 최종적이고 불가침적인 영역이다. 개인의 종교관, 세계관 등 양심과 관련된 것이 여기에 속한다. 다음으로 개인의 성적습관, 성관계, 여성의 경우 부인과적 진단 및 병력 등 성적(性的)인 사항이 여기에 해당한다. 내밀영역의 경우는 무조건 보호되어야 하는데 다만 피해자가 유명인으로 평소 자신의 내밀영역을 스스로 공개하여 보도의 빌미를 준 경우는 보호대상이 안되는 경우도 있다고 설명한다.

둘째 비밀영역은 사회통념상 이성적으로 평가할 때 공공에게 노출되어서는 안되는 영역이다. 개인의 비밀스런 성격의 사항을 기재한 기록으로서 사생활에 관한 일기, 개인적 편지나 전화통화 내용, 개인의 신상정보 등이 있다. 이 영역에 속하는 사항은 원칙적으로 당사자의 동의가 있어야만 공개할 수 있고 동의한 방식에 따라 공개해야 한다고 설명한다. 그러나 독일 연방통상재판소도 정당 대표와 사무총장간 대화가 도청되어 언론매체를 통하여 공표된 사안에서, 인격권은 신문이 특정 사실을 공표할 때 동일한 차원에서 보장된 출판의 자유와 상충될 수 있으므로 법익을 비교교량하여야 한다고 함으로써 전화통화내용의 경우도 그것이 공인의 대화내용인 경우에는 절대적인 인격권으로 보호되는 것이 아니라 국민의 알권리와 비교형량을 통

358) Wenzel, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 4 Aufl, 1994, RN 5.29ff[김재형(a)“언론의 사실보도로 인한 인격권 침해”, 서울대학교 법학 39권 1호, 서울대학교 법학연구소, 1999, 196-198면 재인용].

하여 보호의 범위를 결정해야 한다고 판단하였다.³⁵⁹⁾

셋째 사적 영역은 가족, 친구 등 친밀한 범위 내에서 이루어지는 일상생활의 영역이다. 사적 영역은 절대적인 보호를 받지 못하고 개별적 사안에서 표현의 자유와 이익형량을 하여 정보의 이익이 당사자의 개인적인 이해보다 우월한 경우 당사자 동의 없이 사적 영역을 공표하더라도 위법하지 않다고 설명한다. 즉 이혼, 주벽과 같이 사적 영역에 속한 사항이라 하더라도 해당자가 갖는 지위에 비추어 공공의 이익과 관련성이 있다면 이를 공표할 이익이 더 우월하고 이를 공표하더라도 위법하지 않는 것이다.

넷째, 사회적 영역은 사회공동체의 구성원으로서 활동하는 영역이다. 직업 활동이 대표적이다. 또한 개인이 정당, 이익단체 등 사회단체에 가입하여 단체 구성원으로서 활동하는 경우도 사회적 영역에 속한다. 이에 대하여는 원칙적으로 공개될 수 있으나 각 개인은 자신의 직업 영역에서 공공의 간섭에서 벗어나 자신의 인격이 자유롭게 발현될 수 있는 전제의 최소한도의 보호를 받아야 한다. 따라서 이 영역에 대한 공표는 인격권에 의하여 제한받을 수도 있지만 사적 영역의 경우보다 보다 더 자유로운 공표가 가능하다고 설명한다.

마지막으로 공개적 영역은 모든 사람들이 인식할 수 있고 경우에 따라서는 인식해야 하는 영역으로 사회적·정치적 영역, 국가적 영역이 속한다. 사회적·정치적 영역은 정당의 활동, 정치적 데모, 선거운동 등이 있고 이에 대한 공표는 순수한 공공성에 속하는 과정으로 오히려 민주주의적 의견의 경쟁과 민주적 여론형성을 위하여 언론의 공표의무가 인정되므로 원칙적으로 인격권 침해에 해당하지 않는다고 설명한다. 국가적 영역은 국가활동의 공개영역으로 법원의 심리, 행정의 직무수행 등이 여기에 해당한다. 이러한 과정에 적극적, 주체적으로 참여한 개인은 그 공적 절차 진행 중에는 인격

359) BGHZ 73, 120(1978).

권의 보호를 요구할 수 없다. 다만 이 경우 그러한 국가활동의 대상이 된 형사피고인 등의 인격권 침해가 문제될 수는 있다.

생각건대, 독일의 인격영역 이론과 같이 사람의 생활 영역을 여러 유형으로 분류함으로써 과연 비범죄화의 대상인 공인의 공적 영역이라는 추상적 내용을 어떻게 한정할 것인가에 대한 것에 대하여 어느 정도의 구체적인 기준을 설정할 수 있다고 생각된다. 이와 관련하여 공인의 사회적 영역 및 공개적 영역에 대하여는 사인의 경우보다 표현의 자유가 폭넓게 보호되어야 하고 내밀 영역, 비밀영역의 경우는 공인에 대한 것이라도 표현의 자유로부터 보호받아야 하며, 사적 영역의 경우는 명예훼손죄가 성립하는지 여부를 개별 사안에 따라 표현의 자유와 명예권을 이익형량하여 판단해야 한다고 주장하는 견해가 존재한다.³⁶⁰⁾

필자의 견해는 공인의 생활 영역을 크게 내밀 영역, 사적 영역, 사회적 영역으로 나누고 이에 따라 명예권과 표현의 자유의 이익 형량을 할 수 있을 것으로 판단된다. 왜냐하면 Wenzel이 유형화한 비밀 영역과 사적 영역은 사생활과 관련된 부분이라는 점에서 명확히 구별하기 힘들며, 공인의 경우 사인과 달리 사회적 영역과 공개적 영역을 구분하는 것은 의미가 없기 때문이다.

우선 성적(性的)인 영역과 같은 내밀영역은 공적 인물의 경우에도 절대적으로 보호받아야 하는 영역이므로 진실한 사실을 적시한 경우에도 명예훼손죄로 처벌해야 한다. 우리 대법원 판례도 “국민의 정보 욕구 또는 알 권리를 충족시키기 위하여 정치인 등에 관한 정보가 폭넓게 공개되어야 한다 할 지라도 공적인 인사에게도 포기할 수 없는 사생활영역과 인격의 내밀한 국면이 있음을 유의해야 하며(예컨대 남녀간의 성적인 교섭에 관한 사항은 인간적 자유의 최종적이고 불가침한 부분으로서 어느 문화권에서나 유보되

360) 최란, “명예훼손죄의 비범죄화 주장에 대한 비판적 고찰”, 석사학위논문, 고려대학교 대학원, 2013, 76-77면.

고 보호받는 영역으로 간주되며 그에 관한 무단공개와 폭로는 인격적 모멸과 성격적 파멸을 초래케 할 수 있다는 점에서 절대적인 보호를 베풀어야 한다) 그를 보호하기 위한 대책이 강구되어야 한다”고 판시한 바 있다.³⁶¹⁾

다음으로 사적 영역은 프라이버시적 측면이 강하고 공인이라 하더라도 원칙적으로 이와 관련된 내용은 아무리 진실이라 하더라도 보호받아야 한다. 그러나 전술한 독일 연방통상재판소가 판시한 바와 같이 그 내용이 공인의 업무와 관련이 있거나 그의 자질, 도덕성 등을 평가하는데 영향을 미치는 것인 경우에는 공적 영역 안에 포섭된다고 할 것이다. 즉 공인의 사적 영역은 원칙적으로 보호되어야 하되, 개별 사안에서 구체적으로 표현의 자유 내지 알권리와 명예권을 이익형량을 하여 공적 영역으로 볼 것인지 판단해야 할 것이다. 우리 헌법재판소³⁶²⁾도 “공직자의 공무집행과 직접적인 관련이 없는 개인적인 사생활에 관한 사실이라도 일정한 경우 공적인 관심 사안에 해당할 수 있다. 공직자의 자질·도덕성·청렴성에 관한 사실은 그 내용이 개인적인 사생활에 관한 것이라 할지라도 순수한 사생활의 영역에 있다고 보기 어렵다. 이러한 사실은 공직자 등의 사회적 활동에 대한 비판 내지 평가의 한 자료가 될 수 있고, 업무집행의 내용에 따라서는 업무와 관련이 있을 수도 있으므로, 이에 대한 문제제기 내지 비판은 허용되어야 한다”고 판시한 바 있다.

전술하였던 캐롤라인 공주 사건에서, 유럽 인권법원은 대상자가 공인이라 하더라도 그에 관한 표현이 공적 사안과 무관한 내용에 대하여는 공인을 보호해야 한다는 판결을 한 바 있다. 독일 연방대법원 및 헌법재판소는 캐롤라인 공주가 절대적 시사적 인물임을 전제로 절대적 시사적 인물에게도 사생활의 자유는 인정되나, 자택 이외의 장소에서는 자신이 홀로 있고 싶다는 희망이 객관적으로 인식될 수 있고 고립을 신뢰하여 다른 공개된 공간

361) 부산고법 1992. 6. 17. 선고 92노215 판결.

362) 헌법재판소 2013. 12. 26.자 2009헌마747 결정.

이라면 하지 않았을 행동을 하였을 경우에 한하여 인정된다고 판시하면서 캐롤라인 공주를 찍은 일부 사진에 대하여 위법하지 않다고 판단하였다. 그러나 유럽 인권법원은 “모든 인간의 인격의 발전이라는 관점에서 사생활의 보호가 근본적으로 중요하며, 사생활 보호는 사회적 영역 역시 포함된다. 공중에게 알려진 인물이라 하더라도 사생활의 정당한 기대를 향유할 권리를 가진다. 독일법원의 예술저작권법 제23조 제1항에 대한 해석은 공직을 수행하는 정치인들에게는 적절한 것일 수도 있지만 원고는 왕가의 일원으로서 아무런 공직을 수행하지 않는다. 또한 장소적 고립이라는 기준은 매우 모호하고 사전에 판단하기 어려운 기준이며, 개인은 이 기준에 의해 어떤 장소에서 자신의 사생활이 보호될 것인지 예상하기 어렵다. 민주사회에서의 토론에 기여할 수 있는 사실 보도와 개인, 더구나 아무런 공적 임무도 수행하지 않는 사인의 사생활의 상세한 부분의 보도를 근본적으로 구별해야 한다. 전자의 경우 언론은 그의 가장 중요한 역할인 감시 기능을 수행하는 것인데 반하여 후자의 경우는 그렇지 않다. 공중의 알권리가 공적 인물, 특히 정치가의 사생활에까지 확장될 수는 있지만 본건의 경우는 해당하지 않는다. 출판된 사진과 그에 붙여진 표제는 전적으로 원고의 사생활에 관련된 것이므로 당해 사건은 정치적·공적 토론의 영역에 포함되지 않는다”라고 판시하면서, 독일정부에게 초상권 침해로 인한 손해배상책임을 인정하였다.

363)

마지막으로 공인의 사회적 영역의 경우에는 공인의 특성상 당연히 공적 영역으로 보는 것이 타당하다. 사인이라고 한다면 그의 직업활동, 정당활동 등과 같은 사회활동 내용이 국민의 알권리의 대상도 아니고 개별 사안에 따라 표현의 자유 및 명예권을 형량해야 하겠지만 공인의 사회활동은 국민의 감시와 비판을 받아야 하는 대상이므로 당연히 공개의 대상으로 그와

363) 김수정, 앞의 논문(주348), 272-276면.

관련된 진실한 사실을 적시하는 경우에는 표현의 자유의 당연한 권리행사로써 보아 명예훼손죄가 성립하지 않는다고 보는 것이 타당하다.

(3) 검토

결론적으로 ‘공적 영역’은 원칙적으로는 공인의 업무 수행과 관련된 사회적 영역이라 하겠다. 그리고 사적 영역의 경우는 원칙적으로는 공적 영역에 해당되지 않는다고 하여야 할 것이나, 헌법재판소 판시내용과 같이 객관적으로 보아서 공무집행과 직접적인 관련이 없는 개인적인 사생활에 관한 사실일지라도 상황에 따라서는 공인의 자질·도덕성·청렴성과 관련된 내용일 수도 있으므로 그러한 경우에는 국민의 표현의 자유 및 알권리가 우선적으로 보호되는 공적 영역에 해당된다고 하는 것이 타당하다고 판단된다.

한편 공인의 삶의 영역 중 부부생활과 같은 내밀영역은 인간 자유의 최종적이고 불가침적인 영역으로 명예권 내지 인격권이 표현의 자유보다 절대적으로 우위에 있다고 할 수 있고 ‘공적 영역’에서 절대적으로 제외되어야 한다. 따라서 내밀영역과 관련된 사실 적시는 아무리 객관적 진실에 부합할지라도 명예훼손죄로 형사 처벌을 받는 것이 타당하다.

3. 진실성 입증과 관련된 문제

(1) 진실성 입증의 정도

공인의 공적 영역과 관련되어 객관적 진실에 부합하는 사실을 적시하는 경우 명예훼손죄를 비범죄화한다고 한다면 앞서 살펴본 바와 같이 공인 및

공적 영역의 범주를 명확히 제한하여 개인의 명예권이 부당하게 침해되는 일이 발생하지 않도록 해야 한다. 그리고 이와 더불어 적시한 사실의 진실성에 대하여도 명확한 한계 설정이 필요하다.

공인의 공적 영역과 관련된 “허위” 사실을 적시한 것만을 명예훼손죄로 처벌한다고 할 때 “허위” 사실인지 여부는 범죄의 구성요건이므로 형사소송법의 원칙상 당연히 검사에게 입증책임이 있다. 형사소송법에는 법치국가 원리로서 in dubio pro reo(의심스러울 때는 피고인에게 유리하게)의 원칙, 즉 무죄추정의 원칙이 적용되기 때문이다. 현재 우리 대법원 판례가 형법 제310조의 위법성조각사유 조문을 예외적인 거증책임 전환규정으로 보고 진실성 및 공익성의 요건에 대한 입증책임을 피고인에게 지우고 있지만, 만일 법률을 개정하여 공인의 공적 영역과 관련된 “허위” 사실 적시만을 범죄 구성요건으로 구성한다면 진실하지 않다는 점에 대한 입증책임은 검사에게 있는 것이 명백하다.

그런데 공인의 공적 영역에 대한 명예훼손죄로 기소하기 위하여 검사에게 진실이 아님 즉 허위에 대한 입증책임이 있다고 할 때 과연 적시사실이 어느 정도 진실에 부합하지 않음을 입증하면 허위사실 적시 명예훼손죄로 기소할 수 있는지가 문제된다. 이 경우 적시 사실의 허위성은 객관적 측면에서 적시사실의 내용이 진실하지 않음과 주관적 측면에서 적시행위자가 적시 내용이 진실하지 않음을 인식해야 하는 것으로 분설할 수 있다. 그리고 허위사실 적시 명예훼손죄에 대한 판례를 통하여 그 입증정도의 실마리를 찾을 수 있다고 생각된다.

우선 객관적인 측면에서 검사가 적시 내용이 진실에 부합하지 않다는 것을 어느 정도 수준까지 입증을 해야 하는지가 문제된다. 즉 피의자 내지 피고인이 단순히 자신이 적시한 사실이 진실하다는 주장만 하면 이에 대하여 전혀 소명할 필요가 없이 검사가 전적으로 그의 주장을 반박하면서 허위성

을 입증해야 하는지가 문제된다.

이와 관련하여 ‘허위사실 적시 명예훼손죄’에 있어서 허위성의 입증 정도에 대하여 판례³⁶⁴⁾는, “허위사실 적시 명예훼손죄로 기소된 사건에서, 공표된 사실이 허위라는 점은 검사가 이를 적극적으로 증명하여야 하고, 단지 공표된 사실이 진실이라는 증명이 없다는 것만으로는 허위사실 공표에 의한 명예훼손죄가 성립할 수 없다. 그런데 위 증명책임을 다하였는지 여부를 결정함에 있어서는, 어느 사실이 적극적으로 존재한다는 것의 증명은 물론 그 사실의 부존재의 증명이라도 특정기간과 특정장소에서의 특정행위의 부존재에 관한 것이라면 적극적 당사자인 검사가 이를 합리적 의심의 여지가 없이 증명하여야 할 것이지만, 특정되지 아니한 기간과 공간에서의 구체화되지 아니한 사실의 부존재를 증명한다는 것은 사회통념상 불가능한 반면 그 사실이 존재한다고 주장·증명하는 것이 보다 용이하므로 이러한 사정은 검사가 그 입증책임을 다하였는지를 판단함에 있어 고려되어야 하고, 따라서 의혹을 받을 일을 한 사실이 없다고 주장하는 사람에 대하여 의혹을 받을 사실이 존재한다고 적극적으로 주장하는 사람은 그러한 사실의 존재를 수궁할 만한 소명자료를 제시할 부담을 지며 검사는 제시된 자료의 신빙성을 탄핵하는 방법으로 허위 사실임을 입증할 수 있을 것인데, 이 때 제시하여야 할 소명자료는 단순히 소문을 제시하는 것만으로는 부족하고 적어도 허위임을 검사가 입증하는 것이 가능할 정도의 구체성은 갖추어야 하며, 이러한 소명자료의 제시가 없거나 제시된 소명자료의 신빙성이 탄핵된 때에는 형사책임을 져야 한다”고 판시한 바 있다.

입증책임이란, 요증사실의 존부에 대하여 증명이 불충분한 경우에 불이익을 받을 당사자의 법적 지위이다. 즉 사실의 존부를 확인하기 위하여 당사자가 제출한 증거와 직권으로 조사한 증거에 의하여도 법원이 확신하지 못

364) 대법원 2004. 2. 26. 선고 99도5190 판결.

할 때에 일방 당사자에게 불이익을 받을 위험부담을 주는 것이다. 따라서 입증책임이 검사에게 있다고 하여 그에 관련된 요증사실을 전적으로 검사가 입증해야 하는 것은 아니다. 실무에서도 예를 들어 사기죄로 기소된 피고인이 자신이 상대방을 속인 것이 없다며 기망행위를 부인하는 경우, 전적으로 검사가 피고인의 발언 내지 행동이 거짓임을 입증해야 하는 것이 아니고 재판장은 피고인에게 자신의 주장을 소명할 증거를 제출하도록 명령한다. 그리고 피고인이 주장만 할 뿐 그에 부합한 소명을 제대로 하지 못한 경우 기망행위에 대한 검사의 입증이 명백하지 않더라도 사기죄로 인정하는 경우가 대부분이다.

이러한 판례의 논리는 공인의 공적 영역에 관하여 허위사실 명예훼손죄의 죄책을 따지는데 있어서도 그대로 적용된다. 즉 피의자 내지 피고인은 자신이 적시한 내용이 진실하다는 것에 대하여 합리적인 수궁이 들 정도의 소명은 해야 한다. 공인의 공적 영역과 관련된 진실한 사실을 적시하는 경우 명예훼손죄 영역에서 비범죄화해야 하는 이유가 진정한 민주주의를 실현하기 위하여 공인에 대한 국민의 건설적인 감시와 비판을 보장해주는데 있다고 한다면, 아무런 근거 없는 터무니 없는 주장이나 정쟁의 도구로 사용하려는 불순한 의도에서 비롯된 그야말로 흑색선전성 주장에 대하여까지 수사기관이 전적으로 허위 여부를 입증하도록 하는 것은 명예훼손죄의 비범죄화의 취지에 맞지 않고 또한 그로 인하여 다른 수많은 산재되어 있는 사건들의 실체 진실의 발견을 지연시키는 것으로 타당하지 않다.

한편 주관적 측면에서 피의자 내지 피고인이 진실성에 대한 인식 정도 즉 허위사실 적시에 대한 고의를 검사가 어느 정도 수준까지 입증해야 하는지가 문제된다. 수사 또는 재판 결과 적시된 내용이 허위로 판명되었는데, 피의자 또는 피고인이 자신이 적시한 내용이 허위임을 알지 못했다며 고의를 부인하는 경우 문제될 수 있다.

이 경우 형식적인 논리대로라면 “허위” 사실의 인식은 주관적 구성요건 요소로서 고의가 조각되고 허위사실 적시 명예훼손죄의 구성요건해당성이 부인된다. 그러나 판례³⁶⁵⁾는 허위사실 적시 명예훼손죄로 기소된 사안에서, 피고인이 허위사실임을 알지 못한다고 부인하는 경우 무조건 고의를 조각할 것이 아니라 “공표된 사실의 내용과 구체성, 소명자료의 존재 및 내용, 피고인이 밝히는 사실의 출처 및 인지 경위 등을 토대로 피고인의 학력, 경력, 사회적 지위, 공표경위, 시점 및 그로 말미암아 예상되는 파급효과 등 여러 객관적 사정을 종합하여 판단하여야 한다” 라고 판시하고 있다.

즉 피고인이 어떠한 지식과 사회적 경험을 갖고 있는지, 적시 내용의 출처가 어떻게 되고 그것이 믿을만한 내용을 갖고 있는지 등을 종합적으로 판단하여 피고인이 진실이라고 믿을 상당한 이유가 인정되는 경우에 한하여 허위사실 인식에 대한 고의가 조각된다고 볼 수 있는 것이다.

현행 법제는 허위사실에 대한 인식이 없어 고의가 조각되어도 진실한 사실 적시에 의한 명예훼손죄를 처벌하므로 피의자 또는 피고인이 허위인식을 부인하는 경우 형법 제310조에 의한 위법성조각사유가 존재하는지를 판단하게 되어 있다. 그리고 전술한 바와 같이 우리 판례는 적시 내용이 객관적으로 진실한 경우 뿐만 아니라 비록 허위로 판명되었어도 피고인이 진실이라고 믿었을 상당한 이유가 있는 경우에는 형법 제310조의 요건을 충족시킨다고 해석하고 있다. 따라서 상당수의 판례에서 피고인이 허위인식을 부인하는 경우 과연 ‘적시 내용이 진실이라고 믿었을 상당한 이유가 있는지’ 판단이 중점적으로 이루어지고 있고, 이 경우 판례는 피고인의 지식이나 사회적 지위, 정보를 수집할 수 있는 능력 등에 따라 다르게 판단하고 있다.

판례는, 국회의원에게 인정되는 헌법상 면책특권과 관련하여 명예훼손죄가

365) 대법원 2014. 3. 13. 선고 2013도12430 판결.

인정되는지 여부가 문제되는 사건에서 국회의원인 피고인이 허위사실을 적시하여 명예훼손을 한 경우 허위사실 인식 및 판단에 대한 주의의무를 보다 완화하여 판단하는 반면, 피고인이 언론기관인 경우에는 허위사실 인식 및 판단에 대한 주의의무를 보다 엄격하게 판단하고 있다. 유럽인권재판소(European Court of Human Rights)의 경우도 언론기관이 적시한 내용이 진실이 아닌 경우 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있는지 여부에 대한 기준에 대하여 “그들이 정확하고 믿을만한 정보를 제공하기 위하여 선의를 가지고 행동하였는지 그리고 그것이 언론기관의 윤리에 부합하는지(they are acting in good faith in order to provide accurate and reliable information in accordance with the ethics of journalism)”를 판단해야 한다는 엄격한 기준을 제시한 바 있다.³⁶⁶⁾

판례의 위와 같은 태도는 타당하고, 비록 위 판례는 면책특권 및 위법성조각사유 해당 여부의 검토와 관련된 것이지만, 공인의 공적 영역과 관련한 허위사실 적시 명예훼손죄의 주관적 구성요건요소를 조각하는 판단기준으로 원용하여도 문제 없다고 판단된다. 다만 위법성조각사유의 요건인 진실성의 입증책임이 피고인에게 있는 반면 지금 논하는 구성요건인 고의의 입증책임은 검사에게 있다는 측면에서 판례가 요구하는 기준보다는 조금 완화되게 피고인에게 진실이라고 믿은 상당한 이유에 대한 소명을 요구해야 할 것으로 보인다. 이하에서는 국회의원의 면책특권과 관련된 명예훼손 및 언론기사에 의한 명예훼손 성부에 대한 현행 판례의 태도를 살펴보고자 한다.

(2) 국회의원의 면책특권 관련 명예훼손 사안에서 판례의 태도

366) article 19(주260), 9면.

헌법 제45조에서 ‘국회의원은 국회에서 직무상 행한 발언과 표결에 관하여 국회 외에서 책임을 지지 아니한다’고 하여 면책특권을 규정하고 있다.

국회의원의 면책특권은 국회의원으로 하여금 의정활동을 수행함에 있어 자유로운 발언과 결정을 통하여 전체 국민에게 이익이 되는 전체 이익 또는 국가이익을 추구할 수 있게 하고 행정부나 사법부 등에 대한 통제권을 행사함에 있어서 그 책임을 면제하여 행정부나 사법부로부터의 압력이나 탄압을 방지하며, 각종의 의정활동에서 국회의 독립성과 자율성을 보장하고자 하는데 그 제도적 의의가 있다.³⁶⁷⁾

면책특권은 일체의 법적인 책임의 면제로서 국회의원인 국회에서 직무상 행한 발언과 표결의 행위가 범죄행위를 구성하더라도 형사 책임을 지지 않고, 민사적 불법행위를 구성하더라도 불법행위 책임을 지지 않는다.

면책의 대상이 되는 발언은 의제에 관한 발의, 토론, 질문 등 의제에 관한 일체의 모든 의사표시를 말하는데 허위의 발언이어서는 안된다. 그러나 발언내용이 허위라는 점을 인식하지 못하였다면 비록 발언 내용에 다소 근거가 부족하거나 진위 여부를 확인하기 위한 조사를 제대로 하지 않았다고 하더라도 면책의 대상이 된다는 것이 판례의 태도이다.

국회의원인 피고가 법무부장관에 대한 대정부질의를 하던 중 대기업에서 청와대 대통령비서실 비서관을 통하여 대통령 측근에게 대선자금을 제공하였다는 금품수수 의혹을 제기하는 발언을 하자 이에 대하여 위 청와대 대통령비서실 비서관이 명예훼손을 이유로 손해배상청구를 한 사안³⁶⁸⁾에서, “면책특권의 목적 및 취지 등에 비추어 볼 때, 발언 내용 자체에 의하더라도 직무와는 아무런 관련이 없음이 분명하거나, 명백히 허위임을 알면서도 허위의 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손하는 경우 등까지 면책특권의 대상이 될 수는 없지만, 발언 내용이 허위라는 점을 인식하지 못하였다면

367) 정종섭, 앞의 책(주6), 1192면.

368) 대법원 2007. 1. 12. 선고 2005다57752 판결.

비록 발언 내용에 다소 근거가 부족하거나 진위 여부를 확인하기 위한 조사를 제대로 하지 않았다고 하더라도, 그것이 직무 수행의 일환으로 이루어진 것인 이상 이는 면책특권의 대상이 된다”고 판시하였다.

그런데 본건의 경우 당시 제기되어 있던 대선자금 제공 의혹과 관련하여 이에 대한 수사를 촉구하는 과정에서 발언을 한 것으로 발언 이후 실제로 위 의혹에 대하여 특별검사의 수사가 이루어지기도 했던 사실 등 발언이 이루어진 전후 경위 및 그 내용 등에 비추어 보면, 피고로서는 발언 내용이 허위라고 생각하면서도 발언을 하였다기보다는 당시 대통령을 둘러싼 정치자금 의혹이 제기되어 있던 상황에서 이에 대한 수사를 촉구하기 위하여 미처 진위 여부를 정확하게 파악하지 못하거나 다소 근거가 부족한 채로 발언을 하였다고 볼 수 있으므로 본건 발언이 면책특권의 범위를 벗어나는 것이라고 보기는 어렵다고 판단하였다.

한편 면책특권은 국회의원의 직무상 행위에 한하여 인정되는데 판례에 의하면 통상적으로 직무에 부수하여 행하여지는 행위까지 포함된다고 하고 있다.

판례³⁶⁹⁾는 국회의원이 국회 본회의에서 질문할 원고를 사전에 배포한 행위가 직무 부수행위에 해당되는지가 문제된 사안에서, 국회의원의 면책특권의 대상이 되는 행위는 직무상의 발언과 표결이라는 의사표현행위 자체에 국한되지 않고 이에 통상적으로 부수하여 행해지는 행위까지 포함되는데 그와 같은 부수행위인지 여부는 구체적인 행위의 목적, 장소, 태양 등을 종합하여 개별적으로 판단해야 한다고 하였다.

문제된 사안은 국회의원인 피고인이 정기국회 본회의에서 대정부 질의를 하기 전에 통일정책과 관련하여 우리나라의 국시는 반공이 아니라 통일이어야 하며, 분단국에서 통일이나 민족은 공산주의나 자본주의보다 위에 있

369) 대법원 1992. 9. 22. 선고 91도3317 판결.

어야 하고 통일을 위해서라면 공산화 통일도 용인되어야 한다는 등의 취지가 기재된 발언원고 사본을 작성하여 회의 시작 30분 전 국회 기자실에서 출입기자들에게 배포한 것이었다. 이에 대하여 판례는, 원고의 내용이 공개 회의에서 행할 발언 내용이고(회의의 공개성), 원고의 배포시기가 당초 발언하기로 예정된 회의 시작 30분 전으로 근접되어 있으며(시간적 근접성), 원고 배포의 장소 및 대상이 국회의사당 내에 위치한 기자실에서 국회 출입기자들만을 상대로 한정적으로 이루어지고(장소 및 대상의 한정성), 원고 배포의 목적이 보도의 편의를 위한 것(목적의 정당성)이라고 한다면, 면책특권의 대상이 되는 직무 부수행위에 해당한다고 판시하였다.

판례가 이와 같이 국회의원이 객관적 진실에 부합하지 않는 허위사실을 적시한 경우에 허위사실 인식과 관련하여 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있었는지 판단함에 있어서 사실의 진위여부에 대한 조사의무의 정도에 대한 부담을 완화시켜 주는 것은, 국민의 대표자인 국회의원이 국회 내에서 자유롭게 발언하고 표결함으로써 입법 및 국정 통제 등 국민을 대표하는 권한과 책무를 충분히 수행할 수 있도록 함이라고 판단된다. 진정한 대의민주주의제의 실현을 위하여는 국회의원의 발언이 터무니 없는 허위내용으로 자신이나 정당의 이해관계를 위한 인신공격적 발언이 아니라고 한다면, 국민을 대표하여 자유롭게 의혹을 제기할 수 있도록 하는 것이 바람직하다는 점에서 판례의 태도는 타당하다고 판단된다.

그러나 국회의원들이 면책특권이라는 강력한 방패를 무기로 근거 없는 무차별적 발언을 하는 것은 엄히 처벌해야 하는 것이 마땅하다. 이와 관련하여, 독일의 경우 헌법(기본법 제46조 제1항)에서 명문으로 ‘허위사실 적시 명예훼손’을 면책특권에서 제외하고 있는데 독일과 같이 명백한 허위 비방행위에 대하여는 명문으로 면책특권에서 제외하는 것이 마땅하다는 주장도 존재한다.³⁷⁰⁾

(3) 언론기사에 의한 명예훼손 사안에서 판례의 태도

가. 대법원 1998. 5. 8. 선고 97다34563 판결

(가) 사실관계

주식회사 문화방송이 방영하는 논픽션 라디오 드라마 방송에서 기자였던 원고의 일대기에 대하여 다루면서 시청자에게 원고가 이중적이고 비굴하며 목적을 위해서는 수단과 방법을 가리지 않는 인물이라는 인상을 주어 원고에 대한 사회적 평가가 현저하게 훼손되었다고 하여 손해배상 청구된 사안으로 손해배상 청구를 인정하였다.

(나) 판시내용

대법원은 “방송 등 언론매체의 명예훼손 행위와 관련하여 적시된 사실이 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있는지의 여부를 판단함에 있어서는 그 방송 등이 신속성이 요청되는 것인가, 그 방송 등의 자료가 믿을 만한가, 피해자와의 대면 등 진실확인이 용이한가 하는 점을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것인데, 실명에 의한 논픽션 라디오 드라마에 있어서는 일반의 청취자 등이 그 내용을 사실이라고 받아들이기가 쉬운 반면에 신속성의 요청은 일반 보도에 비하여 그다지 크다고 할 수가 없으므로, 그 방송에 있어서는 단순히 풍문이나 억측이 아닌 신빙성 있는 자료에 의거하여야 할 필요성이 보다 크다고 할 것이다” 라고 판시하였다.

370) 박용상, 앞의 책(주355), 342-345면.

또한 “따라서 다른 특별한 사정이 없는 이상 방송의 기초가 되는 그 자료 내용의 진위를 당사자 본인이나 그 주변인물을 통하여 확인하는 등의 충분한 조사활동을 사전에 거침이 마땅하다 할 것이어서, 이러한 확인 내지 조사활동을 거치지 아니한 채 명예훼손의 내용이 담긴 논픽션 라디오 드라마를 그대로 방송하였다면 방송사 측에서 그 내용이 진실이라고 믿었다 하더라도 그에 상당한 이유가 있다고 할 수는 없다” 고 판시하였다.

그리고 해당 사안의 경우, 피고가 회고록, 소설, 원고의 수기 및 제3자가 제공한 원고에 대한 관련 자료에 의하여 만들어진 방송대본에 따라 방송을 하였으나, 방송에 앞서 원고나 위 저서의 저자들을 만나 의견을 묻거나 사실관계를 확인하지 않은 점에 비추어 드라마의 내용이 진실이라고 믿었다 라도 그에 상당한 이유가 있다고 볼 수 없다고 판단하였다.

(다) 소결

대법원은 언론기관의 경우 그 지위나 권한에 비추어 일반 사인과 달리 사실의 진위 여부를 확인할 수 있는 방도가 다양하고 또한 그 전파력 내지 파급력이 매우 큰 점을 고려하여 특히 그 보도내용이 신속성을 요구하는 것이 아닌 경우에는 사실을 적시하기 이전 단계에서의 조사의무를 엄격히 요구하고 있다.

또한 대법원³⁷¹⁾은 이러한 언론매체의 조사의무를 엄격히 요구하는 전제하에서 독자, 시청자 등이 언론매체의 보도내용을 진실로 신뢰하는 경향이 있고 언론매체는 이 신뢰를 기반으로 사회에 대한 비판 및 감시 기능을 수행하므로 언론매체가 피해자의 명예를 현저하게 훼손할 수 있는 보도내용의 주된 부분이 허위임을 충분히 인식하면서도 이를 보도하였다면 특별한 사

371) 대법원 2008. 11. 27. 선고 2007도5312 판결.

정이 없는 한 정통방법(명예훼손)위반죄의 ‘비방할 목적’ 까지 인정된다고 판시하고 있다.

실제 최근 종편방송의 등장으로 인하여 언론기관의 대중에 대한 장악력은 엄청난 속도로 날로 증대하고 있다. 방송이나 신문 등에 보도된 내용에 대하여 대부분의 국민들이 진실로 받아들이는 경향이 있고 특히 보도내용이 공인의 업무수행 등 공적 영역에 대한 것인 경우 더욱 그러하다. 물론 그 내용이 객관적 진실에 부합한 경우라면 언론매체의 사회에 대한 비판 및 감시 기능에 비추어 당연하고 필요한 것이지만 그 내용이 허위보도인 경우 그 결과는 생각보다 심각하다. 공인의 명예권에 대한 침해가 매우 큰 것은 물론이고 국민들을 오도하여 국정에 대한 판단을 그르쳐 결국은 민주주의 실현을 방해하게 때문이다.

따라서 언론매체가 허위사실을 보도한 이후 그 사실이 허위임을 몰랐다고 변소한다면 진실한 것이라고 믿었을 상당한 이유가 있는지를 엄격히 판단하여 명예훼손죄의 면죄부를 부여할 지를 결정해야 할 것이다.

나. 대법원 1999. 1. 26. 선고 97다10215 판결

(가) 사실관계

주식회사의 상품기획부 차장인 원고가 사업계획서 등 기밀서류를 복사하여 경쟁업체인 다른 회사에 넘겨주는 등 회사기밀을 누설하였다는 혐의로 고소되어 검찰에서 구속까지 하였으나 추후 무죄판결이 선고된 사안에서, 담당검사가 구속영장만 발부되고 아직 기소하지 않은 상황에서 기자들에게 피의사실 및 수사방향을 요약한 자료를 배포하면서 인터뷰하여 언론에 보도되자 원고가 명예훼손으로 손해배상을 청구한 사안이었다.

(나) 판시내용

법원은, 보도 내용이 수사가 진행 중인 피의사실에 관한 것일 경우, 일반 독자들로서는 보도된 피의사실의 진실 여부를 확인할 수 있는 별다른 방도가 없을 뿐만 아니라 언론기관이 가지는 권위와 그에 대한 신뢰에 기하여 보도 내용을 그대로 진실로 받아들이는 경향이 있는 점, 신문 보도가 가지는 광범위하고도 신속한 전파력으로 인하여 사후 정정보도나 반박보도 등의 조치에 의한 피해구제만으로는 사실상 충분한 명예회복을 기대할 수 없고 피의자나 피해자 또는 그 주변 인물들이 입게 되는 피해가 심각한 점 등을 고려할 때, 피의사실을 보도함에 있어 언론기관으로서는 보도에 앞서 피의사실의 진실성을 뒷받침할 적절하고도 충분한 취재를 하여야 하고, 보도 내용 또한 객관적이고도 공정하여야 할 뿐만 아니라, 무죄추정의 원칙에 입각하여 보도의 형식 여하를 불문하고 혐의에 불과한 사실에 대하여 유죄를 암시하거나 독자들로 하여금 유죄의 인상을 줄 우려가 있는 용어나 표현을 사용하여서는 안되며 공적 인물이 아닌 사인의 경우 가급적 익명을 사용하는 등 피의자의 신원이 노출되지 아니하도록 주의해야 한다고 판시하였다.

그렇지만 한편으로 보도기관은 수사기관과는 달리 사실의 진위 여부를 확인함에 있어 현실적으로 상당한 제약을 받을 수밖에 없고, 신속한 보도의 필요성이 있을 때에는 그 조사에도 어느 정도 한계가 있을 수밖에 없는데, 취재기자가 법원에서 구속영장 사본을 열람하여 피의사실을 지득한 후 수사검사에게 취재를 요청하여 다른 기자들이 동석한 가운데 피의사실이 요약·정리된 자료를 배포받고 검사가 발표하는 수사 경위를 들은 다음, 이러한 취재자료에 기하여 기사를 작성하여 보도한 사실을 인정할 수 있으므로,

취재원이 사건 수사를 직접 담당한 검사인데다 사적인 정보가 아니라 소정의 절차에 의한 발표 형식을 취하고 있어 그 신뢰도가 높고, 더욱이 사건 당사자인 원고는 구속되어 있어 원고에 대한 직접 취재를 통하여 사실을 확인하기는 쉽지 아니하였던 점, 검사로부터 취재한 피의사실을 기사화하는 경우 별도의 취재를 하지 아니하고 보도를 하더라도 그것이 종래의 취재 관행에 반하지 아니한 점 등을 볼 때 그 진위 여부에 관하여 별도로 조사·확인을 하지 아니한 채 이 사건 기사를 게재하였다고 하여 진실성 확인을 위한 조사의무를 다하지 않았다고 보기는 어렵다고 판시하였다.

(다) 소결

본 판례는 국민들이 언론 보도내용을 사실로 받아들이는 경향이 있는 점, 광범위하고 신속한 전파력으로 인하여 명예훼손 피해자의 피해 정도가 매우 큰 점 등을 이유로 언론기관의 진실 여부 확인에 대한 주의의무를 엄격하게 판단하는 기존의 태도를 유지하였다.

그러나 한편 대상 적시사실이 피의사실인 경우에는 수사검사의 공식적 수사결과 발표내용을 취재자료로 하였다면 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있다고 판시하고 있다. 본건과 같이 판례는 공공기관의 공식발표를 믿고 그대로 보도하는 경우에는 진실성 확인에 대한 주의의무를 다하였다고 인정하고 있다. 예를 들어 국세청의 보도자료에 의거하여 보도한 경우³⁷²⁾, 경찰이 배포한 보도자료에 의하여 보도한 경우³⁷³⁾ 모두 주의의무를 다하였다고 판시하고 있는데, 대상 사안을 누구보다 잘 아는 공공기관의 공식발표를 토대로 보도하는 경우 언론기관으로서는 진실 여부에 대한 확인의 주의의무를 게을리하였다고 보기 어렵기 때문에 타당하다고 생각된다.

372) 대법원 1993. 11. 26. 선고 93다18389 판결.

373) 대법원 1996. 8. 23. 선고 94도3191 판결.

다. 대법원 2006. 5. 12. 선고 2004다35199 판결

(가) 사실관계

충북지방경찰청 기동수사대 소속 경찰관들이, 속칭 ‘전화발이’ 업소를 운영하는 다방업주가 윤락녀들을 상대로 고율의 사채를 빌려준 후 윤락녀들이 채무를 모두 변제하였음에도 미리 약정한 것과 다른 계산법으로 계산하여 갚을 것이 더 남아 있다고 주장하면서 조폭 등 위세를 가하여 윤락녀들 상대로 화대를 갈취하고 있다는 윤락녀의 신고로 수사에 착수하여 그 혐의를 수사하는 과정에서 신고자에 대하여 성추행에 가까운 몸수색을 하고 사건과 관련이 없는 참고인을 사무실로 불러 구타하였다는 내용으로 문화방송의 시사프로그램에서 방송을 하였고, 이에 대하여 위 경찰관들이 방송사 및 담당 피디를 상대로 명예훼손으로 인한 불법행위의 손해배상청구를 한 사안이었다.

(나) 판시내용

대법원은 “언론보도의 내용이나 표현방식, 의혹사항의 내용이나 공익성의 정도, 공직자 또는 공직 사회의 사회적 평가를 저하시키는 정도, 취재과정이나 취재로부터 보도에 이르기까지의 사실확인을 위한 노력의 정도, 기타 주위의 여러 사정 등을 종합하여 판단할 때, 그 언론보도가 공직자 또는 공직 사회에 대한 감시·비판·견제라는 정당한 언론활동의 범위를 벗어나 악의적이거나 심히 경솔한 공격으로서 현저히 상당성을 잃은 것으로 평가되는 경우에는, 비록 공직자 또는 공직 사회에 대한 감시·비판·견제의 의

도에서 비롯된 것이라고 하더라도 이러한 언론보도는 명예훼손이 되는 것으로 보지 않을 수 없다” 라고 하면서, 본건 사안에 대하여는 보도내용이 공직자 또는 공직 사회에 대한 정당한 감시, 비판 등 활동의 범위를 벗어나 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 것으로 평가되고 피고들이 방송내용의 진위여부를 확인하기 위한 충분한 조사를 거쳤다고 진실성이 객관적이고 합리적인 자료에 의하여 뒷받침된다고 할 수 없으므로 진실이라고 믿을 상당한 이유가 없다고 하여 명예훼손으로 인한 불법행위책임을 인정하였다.

(다) 소결

본건은 언론매체가 공인의 업무 수행 등 공적 영역과 관련되어 허위사실을 적시한 경우에 해당하는 대표적인 판례이다. 앞서 검토한 바와 같이 판례가 공직자에 대한 명예훼손성 사실 적시의 경우는 그것이 악의적이거나 심히 경솔한 공격으로서 현저히 상당성을 잃은 경우에 한하여 명예훼손죄가 성립한다고 보고 있는데 진실 여부 확인에 대한 충분한 조사 없이 관련자들의 주관적인 진술들만을 근거로 보도를 하였다면 명예훼손죄가 성립하는 위 예외사유에 해당한다고 판단한 것이다. 즉 허위사실 인식에 대한 고의를 인정할 수 있다고 본 것이다.

라. 대법원 2016. 5. 27. 선고 2015다33489 판결

(가) 사실관계

청소년 성범죄를 소재로 하는 사회고발 영화의 감독이 아내를 여러 차례 폭행하고 식칼로 위협하였으며 아들을 감금하였다는 등의 사유로 고소당하

여 조사를 받고 있다는 내용이 언론 보도되었는데, 아내와의 인터뷰, 고소장 기재내용을 전달하면서 그 감독을 비판하는 논조로 전개되었다. 이후 위 사건은 감독의 아내에 대한 폭행 혐의 중 일부만 유죄판단을 받았고, 나머지 폭행 부분과 식칼로 위협하였다는 부분은 무혐의처분 혹은 무죄판단을 받았다. 그러자 감독이 언론사를 상대로 명예훼손으로 인한 불법행위의 손해배상청구를 한 사안이었다.

(나) 판시내용

대법원은 “보도의 내용이 수사기관 등에서 조사가 진행 중인 사실에 관한 것일 경우, 일반 독자들로서는 보도된 혐의사실의 진실 여부를 확인할 수 있는 별다른 방도가 없을 뿐 아니라 보도 내용을 그대로 진실로 받아들일 개연성이 있고, 신문보도 및 인터넷이 가지는 광범위하고도 신속한 전파력 등으로 인하여 보도 내용의 진실 여부를 불문하고 보도 자체만으로도 피조사자로 거론된 자 등은 심각한 피해를 입을 수 있다. 그러므로 수사기관 등의 조사사실을 보도하는 언론기관으로서는 보도에 앞서 조사 혐의사실의 진실성을 뒷받침할 적절하고도 충분한 취재를 하여야 하고, 확인되지 아니한 고소인의 일방적 주장을 여과 없이 인용하여 부각시키거나 주변 사정을無理하게 연결시켜 마치 고소 내용이 진실인 것처럼 보이게 내용 구성을 하는 등으로 기사가 주는 전체적인 인상으로 인하여 일반 독자들이 사실을 오해하는 일이 생기지 않도록 기사 내용이나 표현방법 등에 대하여도 주의를 하여야 하고, 그러한 주의의무를 다하지 않았다면 명예훼손으로 인한 손해배상책임을 져야 한다.” 고 판시하였다.

그리고 본건의 경우 가정폭력 및 아동학대의 심각성을 알리고 개선 대책을 촉구하는 여론을 형성하기보다, 일반 독자로 하여금 영화감독인 원고가

가정폭력 및 아동학대의 가해자라는 인상을 가지게 하는 사실의 전달에 초점이 맞추어진 것으로 보이고, 기사의 전반적인 내용이 고소인의 진술을 일방적으로 인용하여 고소 내용을 여과 없이 전달하는 데에 중점을 두고 있으며, 핵심 사항에 관하여 객관적인 사실 확인을 한 내용은 별로 없고, 일부는 고소장이나 고소인의 진술을 인용하는 방식도 아니고 마치 기자가 확인한 사실인 양 적고 있는바, 결국 언론사가 진실확인에 대한 주의의무를 다하였다고 보기 어렵다고 판단하여 손해배상책임을 인정하였다.

(다) 소결

본 사안은 최근에 나온 판례로서 수사 피의사실을 보도하는 경우 언론사의 주의의무에 대한 기존의 태도를 그대로 유지하였는데, 본건의 경우는 취재자료가 수사기관의 공식적인 발표가 아니라 수사 관련자들 중 일방에 유리한 자료들만을 근거로 보도하였고 그에 대한 진위 여부도 충분히 조사하지 않았기 때문에 결국 진실이라고 믿을 상당한 이유가 없다고 판단하였다.

마. 검토

대법원 판례³⁷⁴⁾는 “사회의 목탁으로서 국민의 알권리를 보호·신장하고 인간의 존엄과 가치를 존중하며 민주적 여론형성에 기여하는 등의 공적 임무를 수행하여야 하는 것이 언론의 사회적 책임임을 생각할 때, 오늘날 인터넷 등 새로운 정보통신매체의 비약적 발달에 따른 폐단으로 근거가 없거나 왜곡된 출처 불명의 정보가 광범위하고 신속하게 전파됨으로써 여론을

374) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2008다53805 판결.

오도하고 개인의 인권에 치명적인 타격을 가하는 일이 나날이 늘어나 커다란 사회문제로 대두되고 있는 현실에서, 거칠고 여과되지 않은 수많은 정보의 옥석을 가려 독자로 하여금 근거 없는 유언비어에 현혹되지 않게 하고 왜곡된 여론의 형성을 방지하여야 할 임무는 다른 어느 것 못지않게 중요한 언론의 사회적 책임이라 할 것이니, 이러한 관점에 비추어, 어떠한 정보에 접한 언론이 그 주요 내용의 정확성에 미심쩍은 부분이 있음을 충분히 알 수 있음에도 불구하고 가능한 방법을 다하여 그 의문점을 해소함으로써 진실이라고 믿을 만한 상당한 근거가 있는지 여부를 합리적으로 판단하지 아니하고 단지 손쉬운 몇 가지 미진한 조사에 의해 이를 진실이라고 속단한 채 보도하였다면 그 후 그 내용이 허위로 드러난 경우 그에 대하여 책임을 면할 수 없다 할 것이다 “라고 판시한 바 있다.

아무리 공인의 공적 영역과 관련된 보도라고 하더라도 공인의 공적 영역에 대한 진실 공표를 비범죄화해야 하는 큰 근거가 국민의 알권리 보장 및 민주주의 실현이라고 한다면, 언론의 자유 못지 않게 언론의 사회적 책임도 진정한 민주주의 발전을 위한 필수조건임을 생각할 때, 언론기관이 명예훼손죄의 주체가 되는 경우에는 일반 사인이 주체가 되는 경우와 달리 허위 사실 인식 여부를 판단함에 있어서 엄격한 잣대로 판단하는 것이 타당하다고 보여진다.

4. 구체적인 개정 입법안 제시

결론적으로 필자는 공인이든 사인이든 그의 사적 영역과 관련된 사실을 적시하는 경우에는 내용의 진실을 불문하고 명예훼손죄로 처벌하고, 공적 영역과 관련된 사실의 경우에는 대상자가 공인이라면 비범죄화하고, 나머지의 경우는 형법 제310조의 위법성조각사유에 해당되는지 구체적 사안별로

검토하여 위법성을 조각시킬지 여부를 판단하는 것이 타당하다고 생각된다.

이와 같은 필자의 견해를 명예훼손의 대상 및 적시내용에 따라 구분하여 처벌 여부를 표로 도해화하면 다음과 같다.

	사적 영역 사안	공적 영역 사안
비범죄화 대상이 아닌 공인 및 사인	진실 불문 처벌	형법 제310조의 위법성 조각사유 해당 검토
공인	진실 불문 처벌	진실인 경우 비범죄화

그리고 이와 같은 필자의 견해에 따라 사실적시 명예훼손죄에 대한 개정 입법안을 구성해보면 다음과 같다. 개정 입법안에는 앞서 사이버 명예훼손 죄를 형법에 편입하자는 필자의 견해를 반영하였다.

제309조의2 ① 정보통신망을 통하여 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 ----- 처한다.

② 정보통신망을 통하여 공연히 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 ----- 처한다.

제309조의3(명예훼손죄 등의 피해자의 제한) ① 제307조 제1항, 제309조 제1항 및 제309조의2 제1항의 죄를 적용함에 있어 다음 각 호의 경우에는 피해자로 보지 아니한다.

1. 정부, 국가기관, 지방자치단체
2. 공인의 공적 영역과 관련된 진실한 사실을 적시한 경우의 공인

② 제1항 제2호에서 말하는 “공인”은 다음과 같다.

1. 차관급 이상의 입법부·사법부·행정부·헌법재판소·선거관리위원회·감사원 소속 공무원
 2. 국회의원, 지방의회 의원, 정당대표, 최고위원 및 이에 준하는 정치인
 3. 지방자치단체의 장
 4. 교육감
 5. 치안감급 이상의 경찰공무원
 6. 지방국세청장 이상 및 이에 준하는 국세청 소속 공무원
 7. 대통령실 비서관 이상 및 이에 준하는 대통령실 소속 공무원
 8. 제1호에서 제7호의 직에 있었던 사람
- ③ 제1항 제2호에서 말하는 “공적 영역과 관련된 사실”이란 공인의 사생활과 무관한 직무 또는 그와 관련된 사실을 의미한다.
- 제310조** 제307조 및 제309조 내지 제309조의2 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.

명예훼손죄의 피해자로 보지 않는 것은 크게 두 가지이다. 하나는 개정안 제309조의3의 제1호의 ‘정부, 국가기관, 지방자치단체’이다. 앞서 전술한 바와 같이 이미 대법원 판례는 정부, 국가기관, 지방자치단체는 명예훼손죄의 피해자가 될 수 없다는 것이 원칙적 입장으로 이를 법조문에 규정함으로써 법적 안정성을 도모할 수 있다. 그리고 피해자로 보지 않는 나머지 대상은 공적 영역과 관련된 진실한 사실을 적시한 경우에 한하여 공인으로, 공인의 범주를 제2항에서 명확히 규정하였다.

여기서의 공인은 명예훼손죄의 피해자가 되지 않는, 즉 구성요건해당성이 배제되는 적시대상이므로 최소한의 범위에서 인정되어야 할 것이고 법적 안정성 및 예측 가능성 확보를 위하여 전적으로 판례의 영역에 맡기는 것은 타당하지 않다고 생각된다. 그리고 앞서 주장한 바와 같이 개인의 명예

권보다 표현의 자유가 절대적인 우위에 있는 경우에 한하여 명예훼손죄 성립을 배제해야 할 것이고 따라서 그 적시대상은 국민들의 감시와 비판을 항시 감수해야 하는 고위 공직자, 정치인에 한한다고 생각하여 이를 제2항 각 호에서 규정하였다. 제2항 각 호의 고위 공직자 및 정치인은 법무부 훈령인 ‘인권보호를 위한 수사공보준칙’을 참고하여 실시하였다.

그리고 공적 영역과 관련된 사실에 대하여도 제3항에서 정의를 내렸는데, 이는 그 개념의 특성상 ‘사생활과 무관한 직무 또는 그와 관련된 사실’이라고 추상적으로 실시하였는데 어떤 사실이 직무에 대한 또는 그와 관련된 사실인지 여부는 구체적 사안에서 개별적으로 판단함이 타당하다고 판단된다.

제6절 다른 법적 구제수단의 검토

1. 서설

공인의 공적 영역에 관한 진실한 사실 공표를 비범죄화한다고 할 때 민사상 불법행위에 의한 손해배상책임을 청구할 수 있는지가 문제된다. 불법행위에 의한 손해배상 청구는 명예훼손을 주장할 수도 있고 프라이버시권 침해를 주장할 수도 있으므로 이를 나누어서 살펴보고자 한다. 그리고 가해자가 언론기관인 경우에는 언론기관에 대한 반론보도청구권 등을 검토해 볼 수 있다.

2. 명예훼손으로 인한 불법행위책임

민법 제750조에 의하면 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다고 하여 불법행위 책임을 규정하고 있다. 명예훼손 행위는 타인의 인격권을 침해하는 불법행위에 해당하므로 위 조항에 의하여 손해배상을 청구할 수 있다.

또한 민법 제751조 제1항에 의하면 타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상 고통을 가한 자는 재산 이외의 손해에 대하여도 배상책임이 있다고 규정하고 있다. 따라서 명예훼손 행위에 대하여 재산상 손해 뿐만 아니라 정신적 손해에 대한 위자료도 청구할 수 있다.

한편 민법 제764조에 의하면 타인의 명예를 훼손한 자에 대하여는 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있다고 규정하고 있다. 명예훼손의 경우 사안의 특성상 재산에 손해를 가하는 경우와 달리 금전배상만으로 피해를 회복하기 어려운 측면이 있는 점을 반영하여 훼손된 피해자의 인격적 가치에 대한 사회적, 객관적인 평가 자체를 회복시키는 것을 가능하게 하기 위하여 이러한 조문을 둔 것으로 판단된다. 명예회복을 위한 적당한 처분으로는 언론보도로 인한 명예훼손의 경우 그 보도 내지 기사를 정정하거나 반론보도를 청구하는 방법, 명예훼손을 인정한 민사판결문 또는 형사판결문을 공시하는 방법 등이 있을 수 있을 것이다.

한편 헌법재판소는 사죄광고(謝罪廣告) 명령에 대하여 위헌결정³⁷⁵⁾을 한 바 있으므로 사죄광고는 명예회복을 위한 적당한 처분에 포함되지 않는다. 즉 명예훼손을 당하였다며 법원을 상대로 손해배상 및 민법 제764조에 의한 사죄광고 명령을 청구한 사안에서, 헌법재판소는 “사죄광고의 경우 헌법 제19조의 양심의 자유를 제한할 수 있는데 민법 제764조가 사죄광고를

375) 헌법재판소 1991. 4. 1.자 89헌마160 결정.

포함하는 취지라면 그에 의한 기본권제한에 있어서 그 선택된 수단이 목적에 적합하지 않을 뿐만 아니라 그 정도 또한 과잉하여 비례의 원칙이 정한 한계를 벗어난 것으로 헌법 제37조 제2항에 의하여 정당화될 수 없는 것으로서 결국 헌법 제19조의 양심의 자유 및 인격권을 침해한다”고 판시하였다.

현재 우리 대법원 판례는 민사상 명예훼손에 의한 불법행위 책임이 있는지 여부를 판단할 때 형법 제310조의 위법성조각사유를 그대로 유추적용하여 개별 사안에서 진실성과 공익성이 인정되면 위법성이 조각된다고 판단하고 있다. 대법원은³⁷⁶⁾ “형사상이나 민사상으로 타인의 명예를 훼손하는 행위를 한 경우에도 그것이 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익에 관한 것일 때에는 진실한 사실이라는 증거가 있으면 위 행위에 위법성이 없으며 또한 증거가 없더라도 행위자가 그것을 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다”고 판시하였고, 이는 이후 판례 전개에 결정적 영향을 미쳐 대부분의 판결의 선례가 되고 있다.³⁷⁷⁾ 한편 일본의 경우도 통설과 판례가 명예훼손의 불법을 판단함에 있어 형법상 기준과 민법상 기준을 같은 것으로 보고 일본 형법 제230조의2의 위법성조각사유를 그대로 적용하고 있다.³⁷⁸⁾ 따라서 공인의 공적 영역과 관련된 진실한 사실을 적시한 경우 우리 대법원 판례에서 확인할 수 있듯이 민사상 명예훼손에 의한 불법행위 책임이 있는지 여부를 판단할 때 형법 제310조의 위법성조각사유를 그대로 유추적용하여 개별 사안에서 진실성과 공익성이 인정되면 위법성을 조각하기 때문에 위와 같은 경우 대부분의 사안에서 민사상 불법행위 책임을 인정하지 않고 있다.

민사상 불법과 형사상 불법이 동일하다고 볼 수 없고 동일한 기준에 의하

376) 대법원 1988. 10. 11. 선고 85다카29 판결.

377) 이용식(b), 앞의 논문(주336), 103-104면.

378) 전원열, 앞의 논문(주45), 62면.

여 판단할 필요는 없지만, 민사상 불법행위 책임에 있어서도 공익적 사안에 대하여 진실을 적시한 것은 위법성이 조각된다고 보는 것이 타당하다는 측면에서 판례의 태도에 찬동한다.

또한 공인의 공적 영역과 관련되어 진실한 사실을 공표하는 것은 헌법상 표현의 자유라는 기본권에 근거한 국민들의 당연한 권리 행사라는 점에서 형사상 범죄로서의 불법성 뿐만 아니라 민사상 불법성도 인정되기 어렵다고 판단된다. 만일 형사적으로 범죄는 안되나 민사적으로는 불법행위로서 손해배상책임을 부과한다면 국민들의 당연한 기본권 행사를 불법이라고 규정짓는 것으로서 타당하지 않다. 다만, 공인의 공적 영역과 관련되어 적시한 내용이 허위로 드러났고 행위자에게 허위사실 인식에 대한 고의를 인정하기 어려워 명예훼손죄로 처벌하지 못하는 경우에는 행위자에게 민사상 명예훼손의 불법행위 책임을 물을 수 있는 상황은 존재할 수 있다. 민사상 명예훼손 책임은 형사와 달리 고의 뿐만 아니라 단순한 과실이 있는 경우에도 책임을 지므로 허위사실을 인식하지 못한 과실에 상당한 이유가 인정된다 하더라도 민사상 과실에 의한 명예훼손의 불법행위 책임을 질 수 있는 것이다.

3. 프라이버시권 침해로 인한 불법행위책임

명예훼손이 문제되는 경우 보통 많은 사안에서 프라이버시권 침해 여부도 같이 문제된다.

프라이버시권은 1890년 미국에서 최초 탄생하였다. 즉 미국은 홀로 있을 권리(the right to be let alone)로서 프라이버시권이 일찍부터 체계적으로 발달하였는데 1890년 Samuel D. Warren과 Louis Brandeis가 발표한 ‘The Right to Privacy’ 논문은 프라이버시권에 대한 탄생적 논문으로 인정된다.

이 논문에서는 뉴스 전파수단의 급속한 발달로 개인의 사생활이 대중에 노출되어 프라이버시가 침해될 위험성이 급증하였으므로 저급한 언론으로부터 개인의 사생활을 보호하기 위하여 개인의 생각, 감정 등 내밀한 영역이 공개될 경우와 시기를 스스로 결정할 권리를 법원이 인정해주어야 한다고 주장하였다.³⁷⁹⁾

그리고 1905년 조지아주 대법원은 Pavesich 사건에서 프라이버시권을 최초로 인정하였다. 원고는 Pavesich라는 예술가였는데 자신의 사진이 피고회사의 생명보험 광고에 동의 없이 사용되자 명예훼손과 프라이버시권 침해를 이유로 손해배상을 청구하였고 법원은 이를 인용하였다. 즉 자연법 및 선례를 유추해 볼 때 프라이버시권은 분명히 인정될 수 있는 권리이고 다만 헌법상 보장되는 표현의 자유와의 경계를 설정하는 것이 문제되는데 본건과 같이 광고 목적으로 타인의 사진을 무단으로 사용하는 것은 표현의 자유의 대상이 아니라고 설시하였다.³⁸⁰⁾

한편 1960년 William Prosser는 “Privacy” 라는 논문을 발표하였는데 프라이버시권 침해를 4개 유형으로 구별하였고 이는 제2차 불법행위에 관한 리스테이트먼트에 반영되었으며 대다수 법원에 의하여도 받아들여졌다. 4가지 유형은 구체적으로 (1) intrusion (2) disclosure (3) false light (4) appropriation 이다. 첫째 intrusion은 사적 영역, 공간에 대한 물리적 침입이고, 둘째 disclosure는 사생활에 대한 부당한 공표이며, 셋째 false light는 대중에게 개인에 대한 잘못된 인식을 부당하게 심어주는 공표이고, 넷째 appropriation는 개인의 초상, 성명 등 자기동일성을 허락 없이 상업적 목적으로 도용하는 것이다.³⁸¹⁾

379) J. Thomas McCarthy, The Rights of Publicity and Privacy, Vol 1, Thomson/West(2013), §1:7.

380) Pavesich v. New England Life Ins. Co. 122 Ga 190, 50 S.E.68(1905).

381) McCarthy, 앞의 책(주379) § 1:4-19.

특정인에 대하여 일정한 사실을 적시하여 프라이버시 침해와 명예훼손이 모두 문제되는 경우는 위 4가지 유형 중 두 번째 유형인 ‘사생활에 대한 부당한 공표’와 세 번째 유형인 ‘대중에게 개인에 대한 잘못된 인식을 부당하게 심어주는 공표’가 해당될 수 있다.

우선 사생활에 대한 부당한 공표의 경우 불법행위에 관한 리스테이트먼트 제652D조에서 “다른 사람의 사생활에 관한 사안을 공표한 자는 그의 프라이버시 침해에 대하여 다른 사람에게 책임이 있다. 다만 공표된 사실이 다음과 같은 종류의 것이어야 한다. (a) 합리적인 사람에게 매우 불쾌하고, (b) 공중의 정당한 관심사가 아닌 것”이라고 정하고 있다. 즉 사생활에 관한 사안을 공표하더라도 공중의 정당한 관심사에 해당하면 프라이버시권 침해에 해당되지 않는다.

대중에게 개인에 대한 잘못된 인식을 부당하게 심어주는 공표의 경우 불법행위에 관한 리스테이트먼트 제652E조에서 “타인에 대하여 심어준 잘못된 인상이 합리적인 사람에게 심하게 불쾌하고”, “행위자가 공표한 사안의 허위성과 타인에게 심어질 잘못된 인상에 대하여 알았거나 무모하게 무시하면서 행위를 한 경우”를 요건으로 규정하고 있다.

미국은 프라이버시권 영역에서도 명예훼손과 마찬가지로 언론이 공적 인물의 사생활에 관한 내용을 보도하는 경우에는 허위내용이 아닌 이상 거의 책임을 지지 않는다는 ‘공적 인물의 이론’이 존재한다. 즉 프라이버시권이 침해되었다고 주장하는 자의 사회적 지위에 따라 프라이버시권의 한계를 정한 것으로, 공적 인물은 ① 공개를 원했거나 공개에 동의했다는 점, ② 그의 존재나 직업이 이미 공적 성격을 띠는 점, ③ 언론은 대중에게 공익에 관한 정당한 관심사항으로 된 것을 알릴 특권을 헌법상 보장받는다는 점 등을 근거로 한다.³⁸²⁾ 그렇지만 공중의 눈에 오해를 불러 일으키는

표현으로 인한 프라이버시권 침해는 공적 인물의 경우에도 성립된다고 한다. 연방대법원은 공적 인물에 관한 명예훼손의 판단기준인 ‘현실적 악의의 원칙’을 프라이버시권 침해의 경우에도 적용하여 행위자의 현실적 악의가 인정되는 경우에 한하여 프라이버시권 침해로 인한 손해배상책임을 진다고 한다.³⁸³⁾

또한 언론이 공공의 이익에 관한 사항을 보도한 경우에는 프라이버시권 침해가 되지 않는다. 보도적 가치, 뉴스가치가 있는 것을 보도하는 것은 국민의 알권리를 충족시키는 것으로 언론의 자유에 의하여 보장되어야 한다는 것이다. 그러나 단순히 대중의 호기심을 충족시키는 것에 불과한 것은 해당되지 않고 개인의 사생활을 과도하게 침해하는 것은 허용되지 않는다.³⁸⁴⁾ 법원은 영화회사가 뉴스영화의 일부분으로 원고 등 비만한 여자들이 살빼는 기구로 체조하는 장면을 촬영하여 영화로 상영한 경우 공공의 이익에 관한 것으로 프라이버시권 침해가 아니라고 판단하였다.³⁸⁵⁾

우리나라의 경우, 프라이버시권은 “사생활이 함부로 공개되지 아니하고 사적 영역의 평온과 비밀을 요구할 수 있는 법적 보장”, “자기에 관한 정보를 통제할 법적 능력”이라고 해석하고, 성명권, 초상권, 사생활에 대한 권리를 모두 포함하고 있다고 본다. 그런데 성명권이나 초상권과 관련한 판결은 상당수 있으나 사생활 침해를 인정한 판결은 많지 않다.³⁸⁶⁾ 프라이버시권 침해는 명예훼손과 달리 그 공표한 내용이 진실인지, 그리고 행위자가 그 내용을 진실이라고 믿었는지는 전혀 문제되지 않는다. 즉 행위자가 공표

382) Prosser/Keeton, The Law of Torts, 5th ed., 1984, 411, 862면(김재형(a), 앞의 논문(주358), 213-214면 재인용).

383) Time, Inc. v. Hill, 385 US 374, 1967.

384) Warren/Brandeis, The Right to Privacy, Harvard Law Review, Vol. 4, 1890, 214면(김재형(a), 앞의 논문(주358), 214-215면 재인용).

385) Sweeney v. Pathe News, Inc., 6 F. Supp. 746, 1936.

386) 김재형(a), 앞의 논문(주358), 195면.

한 내용이 진실하거나 진실하다고 믿은 상당한 이유가 있다는 것을 증명하더라도 위법성이 조각되지 않는다.³⁸⁷⁾

한편 우리 법원도 미국과 같이 타인의 사생활을 공표하더라도 그 내용이 공공의 이해와 관련되어 공중의 정당한 관심의 대상이 되는 사항이라면 프라이버시권 침해가 아니라고 판단한다.

대법원³⁸⁸⁾은 유방확대수술을 받고 부작용으로 고통을 겪는 원고에 대하여 PD수첩에서 취재하여 보도하면서 원고가 방송을 허락한 조건으로 원고를 알아보지 못하게 해달라는 약정을 어겨 사생활의 자유와 비밀 및 초상권을 침해하였다는 이유로 불법행위의 손해배상청구가 제기된 사안에서 손해배상책임을 인정하였다.

피고 방송사 제작진은 원고에 대하여 가명을 사용하고 화면에는 원고의 그림자만 나오게 하였으나, 원고의 육성을 그대로 방송하고 원고의 눈, 코, 입 모양, 머리모양 등 그림자의 모양이 섬세하게 나타나게 하였다.

대법원은 “사람은 자신의 사생활의 비밀에 관한 사항을 함부로 타인에게 공개당하지 아니할 법적 이익을 가진다고 할 것이므로, 개인의 사생활의 비밀에 관한 사항은, 그것이 공공의 이해와 관련되어 공중의 정당한 관심의 대상이 되는 사항이 아닌 한, 비밀로서 보호되어야 하고, 이를 부당하게 공개하는 것은 불법행위를 구성한다 할 것이다....피고 회사가 이 사건 프로그램을 방송한 것은 일반 국민들에게 실리콘 백을 이용한 유방확대수술의 위험성을 알리고 그로 인한 보상 방법 등에 관한 정보를 제공하기 위한 것으로서 공공의 이해에 관한 사항에 대하여 공익을 목적으로 한 것이라고 할 것이나, 그러한 수술을 받고 부작용으로 고생하고 있는 사례로 위 방송에서 소개된 사람이 누구인가 하는 점은 개인의 사생활의 비밀에 속한 사항이지 공중의 정당한 관심의 대상이 되는 사항이라고 할 수 없고, 따라서 위 방송

387) 김재형(b), 앞의 논문(주47), 93면.

388) 대법원 1998. 9. 4. 선고 96다11327 판결.

이 시청자들에게 위와 같은 의학적, 법적 정보를 제공하기 위하여 제작된 것이라고 하더라도 이를 위하여 위 방송에서 소개된 사람이 원고임을 밝힐 필요까지는 없는 것이므로, 피고들이 이 사건 프로그램을 방영하면서 원고의 신분노출을 막기 위한 적절한 조치를 취하지 아니하고 원고 주변 사람들로 하여금 원고가 위 수술을 받은 사실을 알 수 있도록 한 것은 원고의 사생활의 비밀을 무단 공개한 것으로서 불법행위를 구성한다 할 것이다.”라고 판시하였다.

이 사안에서 법원은 사생활의 비밀에 속하는 사항일지라도 그것이 공공의 이해와 관련되어 공중의 정당한 관심의 대상이 되는 사항의 경우는 프라이버시권 침해가 아니라고 판단하였다. 사안에서도 제작진이 원고에 대하여 방송하게 된 목적이 공공성이 인정될 수 있다고 하면서 다만 그 부작용의 피해자가 누구인가까지가 공중의 정당한 관심의 대상이 아니므로 이를 알리는 것은 프라이버시권 침해로 판단한 것이다.

따라서 법원은 공적 인물의 경우 명예훼손과 유사하게 일반 사인보다 프라이버시권 침해를 제한적으로 인정하는 경향이 있다.

즉 공적 인물의 직무 수행 등 공적 영역과 관련된 사안을 공표하는 경우에는 프라이버시권 침해를 거의 인정하지 않는다. 변호사에 관한 정보를 제공하는 온라인 업체가 인터넷 사이트에서 원고 변호사들의 인맥지수, 승소율, 전문성 지수 등을 제공한 것이 인격권을 침해하는지가 문제된 사안에서 대법원은 그 중 승소율이나 전문성 지수 등을 제공한 것은 인격권 침해가 아니라고 판시하였다. 즉 변호사는 공공성을 지닌 법률 전문직으로서 기본적인 인권을 옹호하고 사회정의를 실현함을 사명으로 하는 공적인 존재로 그 직무수행은 국민들의 광범위한 감시와 비판의 대상이 되고, 승소율, 전문성 지수 등 정보는 개인의 사적이고 내밀한 영역이 아니라 직무수행의 영역에서 형성된 공적 정보로서의 성격을 강하게 지니기 때문이라고 근거를 판시

하였다.³⁸⁹⁾

한편, 하급심 판례³⁹⁰⁾ 중에는 유명 배우인 전지현의 결혼 예정 사실을 보도한 언론사에 대한 프라이버시권 침해가 문제된 사안에서, 원고는 유명 연예인으로 상당한 인기를 누리고 있는 스타이프로 공적 인물에 해당하고 그 사생활에 관한 사항이라도 공중의 정당한 관심의 대상의 경우는 이를 공표해도 위법하지 않다고 판시하면서 위 결혼 예정 사실 보도가 공중의 정당한 관심의 대상이 된다고 판시한 것이 있다. 그러나 첫째 유명 연예인으로 인기스타라는 이유만으로 공적 인물에 해당되는지, 둘째 개인의 결혼과 관련된 내용이 국민들의 정당한 관심의 대상이 되는 사항인지는 의문이다. 설령 유명 배우를 공적 인물이라 인정해 준다고 하더라도 개인의 결혼, 부부 생활 등과 같은 영역은 내밀한 사적 영역으로 전적으로 프라이버시권으로 보호되어야 한다고 생각된다.

4. 정정보도청구권 등 행사

언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제14조 제1항에 의하면 “사실적 주장에 관한 언론보도 등이 진실하지 아니함으로 인하여 피해를 입은 자는 해당 언론보도 등이 있음을 안 날부터 3개월 이내에 언론사, 인터넷뉴스서비스사업자 및 인터넷 멀티미디어 방송사업자(이하 “언론사등“이라 한다)에게 그 언론보도 등의 내용에 관한 정정보도를 청구할 수 있다. 다만, 해당 언론보도등이 있는 후 6개월이 지났을 때에는 그러하지 아니하다”라고 규정하고 있다. 따라서 언론이 허위사실을 보도하여 개인의 명예를 훼손한 경우 피해자는 언론사를 상대로 정정보도를 청구할 수 있다.

389) 대법원 2011. 9. 2. 선고 2008다42430 전원합의체 판결.

390) 서울중앙지법 2005. 7. 6. 선고 2004가합82527 판결.

또한 같은 법 제16조 제1항에 의하면 “사실적 주장에 관한 언론보도 등으로 인하여 피해를 입은 자는 그 보도내용에 관한 반론보도를 언론사에 청구할 수 있다”고 규정하고 있다. 따라서 언론보도로 인하여 명예를 훼손당한 피해자는 그 보도내용이 진실인지 여부와 상관 없이 그와 대립되는 반박적 주장을 보도해 줄 것을 언론사에 청구할 수 있다. 반론보도청구권은 개인의 명예를 훼손할 수 있는 언론보도에 대하여 즉각적으로 권리구제를 위하여 사용할 수 있는 효과적인 수단이다.

언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률에 의하면 정정보도청구권 및 반론보도청구권 행사는 언론사의 고의 및 과실, 위법성 여부와 상관 없이 가능하고, 반론보도청구권의 경우 보도내용의 진실성 여부와 상관 없이 행사할 수 있다.

또한 같은 법 제17조 제1항에 의하면 “언론 등에 의하여 범죄혐의가 있거나 형사상 조치를 받았다고 보도 또는 공표된 자는 그에 대한 형사절차가 무죄판결 또는 이와 동등한 형태로 종결되었을 때는 그 사실을 안 날로부터 3개월 내에 언론사 등에 이 사실에 관한 추후보도의 게재를 청구할 수 있다”고 규정하여 추후보도청구권도 규정하고 있다.

따라서 자신의 업무집행과 관련하여 명예가 훼손될만한 진실 보도로 타격을 받은 공인은 언론사를 상대로 반론보도청구권을 행사하여 자신의 명예권 보호를 위하여 나름의 해명을 할 수 있고, 만일 허위사실로 드러났지만 언론사의 고의가 인정되지 않아 명예훼손죄에 해당하지 않는 경우에도 공인은 언론사를 상대로 정정보도청구권을 행사할 수 있고 나아가 보도내용이 범죄와 관련된 것이라면 추후보도청구권도 행사할 수 있다.

제7절 타 처벌법률과의 관계

1. 서설

사실적시 명예훼손죄의 구성요건을 개정하여 공인의 공적 영역과 관련되어 진실에 부합한 사실을 공표하는 경우에는 비범죄화하는 것이 바람직하다고 한다면, 명예훼손 내지 개인의 인격침해와 관련된 범죄의 처벌을 규정하고 있는 다른 법률에 대하여도 검토할 필요성이 있다. 따라서 선거 과정에서 후보자의 명예를 훼손하는 등 흑색선전 행위를 처벌하는 공직선거법 해당 조항, 개인정보를 정보 주체의 동의 없이 이용, 유출 등 하는 행위를 처벌하는 개인정보보호법 해당 조항, 인격 침해라는 점에서 명예훼손죄와 비슷한 성격의 형법상 모욕죄 등을 검토해보기로 한다.

2. 공직선거법

공직선거법은 제250조 제2항에서 “당선되지 못하게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 기타의 방법으로 후보자에게 불리하도록 후보자, 그의 배우자 또는 직계존·비속이나 형제자매에 관하여 허위의 사실을 공표하거나 공표하게 한 자와 허위의 사실을 게재한 선전문서를 배포할 목적으로 소지한 자는 7년 이하의 징역 또는 500만원 이상 3천만원 이하의 벌금에 처한다” 라고 규정하여 허위사실공표죄를 처벌하고 있다. 또한 제251조에서 “당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 기타의 방법으로 공연히 사실을 적시하여 후보자(候補者가 되고자 하는 者를 포함한다), 그의 배우자 또는 직계존·비속이나 형제자매를 비방한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다” 라고 규정하여 후보자비방죄를 처벌하고 있다.

공직선거법의 허위사실공표죄 및 후보자비방죄는 공인에 대한 명예훼손의 대표적인 유형이라 할 수 있다. 공직선거법에서 허위사실공표죄 및 후보자비방죄를 처벌하는 이유는 선거에 이기기 위하여 수단과 방법을 가리지 않는 선거운동의 무질서로부터 후보자 개인의 최소한의 인격영역을 방위하고 인신공격과 흑색선전 등 부당한 선거책략에 의하여 당락이 좌우되는 폐단을 방지하고자 하는 것이다.

허위사실공표죄는 “허위의 사실”이 구성요건요소이므로 검사가 허위라는 점을 적극적으로 증명해야 하고 공표한 사실이 진실이라는 증명이 없다는 것만으로는 죄가 성립할 수 없다는 것이 판례의 태도이다.³⁹¹⁾ 또한, “허위의 사실”의 의미에 대하여 판례³⁹²⁾는 진실에 부합하지 않는 사실로서 선거인으로 하여금 후보자에 대한 정확한 판단을 그르치게 할 수 있을 정도의 구체성을 가지면 족하고 그 사실이 시기, 장소, 수단 등에 걸쳐서 정밀하게 특정될 필요될 필요는 없지만 단순한 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 불과한 경우에는 해당되지 않는다고 판시하였다.

한편 판례³⁹³⁾는 민주주의 정치제도 하에서 언론의 자유는 가장 기초적인 기본권으로 선거과정에서도 충분히 보장되어야 하며 공직선거에 있어서 후보자의 공직담당적격을 검증하는 것은 매우 중요한 일이므로 그 적격검증을 위한 언론의 자유도 보장되어야 하고, 이를 위하여 후보자에게 위법이나 부도덕함을 의심케 하는 사정이 있는 경우에는 이에 대한 문제 제기가 허용되어야 하며, 공적 판단이 내려지기 전이라 하여 그에 대한 의혹의 제기가 쉽게 봉쇄되어서는 안된다고 판시하여 의혹의 제기를 폭넓게 인정하고 있으나, 근거가 박약한 의혹의 제기를 광범위하게 허용할 경우 비록 나중에 그 의혹이 사실무근으로 밝혀지더라도 후보자의 명예가 훼손될 뿐만 아니

391) 대법원 2011. 12. 22. 선고 2008도11847 판결.

392) 대법원 1998. 9. 22. 선고 98도1992 판결.

393) 대법원 2003. 2. 20. 선고 2001도6138 판결

라 임박한 선거에서 유권자들의 선택을 오도하는 중대한 결과가 야기되고 이는 오히려 공익에 현저히 반하는 결과가 되므로 후보자의 비리 등에 관한 의혹의 제기는 비록 공직적격 여부의 검증을 위한 것이라도 무제한 허용될 수는 없고 의혹이 진실인 것으로 믿을만한 상당한 이유가 있는 경우에 한하여 허용되어야 한다고 판시하였다.

이와 관련하여 판례³⁹⁴⁾는 국회의원 선거에 입후보한 피고인이 다른 후보자인 A가 당선되지 못하게 할 목적으로 기자회견을 하던 중 전직 대통령의 스위스 비자금이 A에게 전달되었다는 이야기들이 있다는 발언을 하여 허위 사실공표죄로 기소된 사안에서 의혹이 진실에 부합하는지, 아니면 허위에 해당하는지 그 입증책임과 관련하여 “의혹사실의 존재를 적극적으로 주장하는 자는 그러한 사실의 존재를 수궁할 만한 소명자료를 제시할 부담을 지고 검사는 제시된 자료의 신빙성을 탄핵하는 방법으로 허위성의 입증을 할 수 있다고 할 것인데 제시할 소명자료는 적어도 허위성에 관한 검사의 입증활동이 현실적으로 가능할 정도의 구체성을 가져야 할 것이다. 만일 의혹사실의 존재에 대한 소명자료를 제시하지 못한다면 달리 그 의혹사실의 존재를 인정할 증거가 없는 한 허위사실의 공표로서의 책임을 져야 할 것이고 또한 제시된 소명자료 등에 의하여 그러한 의혹이 진실인 것으로 믿을만한 상당한 이유가 있는 경우에는 비록 의혹이 진실이 아니더라도 표현의 자유보장을 위하여 이를 처벌할 수 없다”고 판시하였다. 그리고 본 사안의 경우 비자금이 피해자에게 전달되었다고 하는 부분의 허위성 여부가 쟁점이 되는데 피고인이 소명자료로 제출한 것은 막연한 소문 혹은 불특정인의 구체성 없는 발언을 소개하는 수준에 그치는 등 그것만으로는 피고인이 공표한 의혹사실의 허위성 여부를 검사가 입증할 수 있을 정도로 구체성을 가진 것이라고 볼 수 없어 허위사실 공표로서의 책임을 져야한다고

394) 대법원 2005. 7. 22. 선고 2005도2627 판결.

판단하였다.

즉 허위사실공표죄의 구성요건인 허위성을 검사가 적극적으로 입증해야 하지만, 의혹사실의 존재를 주장하는 자가 일단 그러한 사실이 존재한다고 믿은 이유에 대하여 입증까지는 아니지만 소명을 하여야 하고 그러한 소명이 되지 않는다면 허위사실공표죄로 처벌받아야 한다는 것이다.

한편 후보자비방죄의 경우 허위사실공표죄와 달리 객관적 진실에 부합한 사실을 적시하는 경우에도 처벌하고 있기 때문에 형사상 명예훼손죄와 마찬가지로 공인의 공적 영역과 관련하여 진실을 적시하는 경우를 검토해 볼 필요가 있다. 실제로 실무에서는 적시한 사실의 허위성 여부를 입증하기 어려워 허위사실공표죄로 기소하기 어려운 경우 후보자비방죄로 의율하는 경우가 적지 않다.

앞서 독일의 반격권을 받아들인 판례로 소개한 부산고법 92노215판결³⁹⁵⁾은 후보자비방죄의 구성요건에 대하여 잘 분설하고 있다.

먼저 사실적시와 관련하여, 형법상 명예훼손죄의 사실적시와 마찬가지로 “가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 대치하는 개념으로서 시간과 공간적으로 구체적인, 과거 또는 현재의 사실관계에 관한 보고 내지 진술을 의미하며, 발언내용이 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현인 경우에는 위 범죄의 구성요건을 충족하지 못하게 되는바, 사실의 주장인이 아니면 의견표현인가의 구별기준에 관하여는 표현내용과 관련하여 그것이 진실 또는 허위로 확인될 수 있는 것이면 사실주장임에 반하여, 그것이 옳거나 또는 그른 것으로 확정될 수 있는 것이면 의견표현이라고 구별함이 타당하고, 양자가 혼합되어 있는 경우에도 의견으로서의 요소가 우세하고 사실주장으로서의 의미가 무시될 수 있으면 의견표현으로 해석하여야 하지

395) 부산고법 1992. 6. 17. 선고 92노215 판결.

만, 가치판단이나 의견의 표현으로 보이지만 그 가치판단이 일정한 사실을 전제로 하고 있으면 사실의 적시가 있다고 보아야 한다”고 판시하였다.

그리고 비방의 의미에 대하여는 “정당한 이유 없이 상대방을 깎아 내리거나 헐뜯는 것을 의미하는데, 주로 합리적인 관련성이 없는 사실 예컨대, 선거와 관련이 없는, 즉 공직의 수행 능력이나 자질과는 무관한, 전혀 사적이거나 개인의 내밀한 영역에 속하는 사항을 폭로 또는 공표한다거나 날조된 허구의 사실을 전달하는 등의 방법으로 행해질 수 있다”고 판시하였다. 판례³⁹⁶⁾는 ‘조강지처 버리고 잘된 사내가 없다’는 표현만으로는 추상적 의견에 불과하나, 그 직전에 말한 ‘***후보가 어떻게 이혼을 했는지 그 소문을 이 자리에서 입이 부끄러워서 얘기하지 않겠습니다’라고 한 발언과 종합해보면 선거인들로 하여금 위 후보가 조강지처를 부당하게 버리는 등 이혼에 이른 과정이 옳지 않다는 식으로 그릇되게 추단하도록 하여 그의 평가를 저하시킬 수 있어 비방에 해당된다고 판시하였다. 헌법재판소도 공직선거법 제251조의 ‘비방’의 의미에 대하여 “남을 헐뜯어 말함으로써 그의 사회적 가치평가를 저하시킬 수 있는 사실이면 사생활에 관련된 사실인지 여부와 상관 없이 모두 이에 해당한다...즉 사회생활에서 존중되는 모든 것에 대하여 정당한 이유 없이 상대방을 깎아내리거나 헐뜯는 것이라고 해석할 수 있다”고 판시하였다.³⁹⁷⁾

한편 판례는 후보자비방죄에 대하여 표현의 자유를 보다 넓게 인정하고자 하는 태도를 취하고 있는데, 후보자비방죄의 입법취지가 후보자에 대한 과도한 인신공격이나 흑색선전 등 과열되고 불공정한 경쟁을 규제함으로써 후보자의 명예를 특별히 보호하고, 나아가 선거의 공정을 기하려는 데 있다고 하면서, 정치적 영역에 있어서의 표현행위는 보통 의견의 성격을 갖게 되고 특히 선거운동에 있어서의 표현행위는 정치적인 의견의 투쟁이 최고

396) 대법원 2002. 6. 14. 선고 2000도4595 판결.

397) 헌법재판소 2010. 11. 25. 선고 2010헌바53 결정.

도로 강화되는 상황속에서 행해지므로 보다 더 강한 자유의 원칙이 적용되며, 후보자 상호간에는 정책논쟁과 상호비판에 의해 상대 후보자의 정견이나 과거행적의 오류와 약점을 폭로하고 상대방을 비판, 비난하는 과정에서 과장, 단순화, 비유 등 여러 가지 표현기법을 구사하여 상대방을 신랄하고 통렬하게 공격하는 것이 예사일 뿐 아니라 후보자들의 발언을 대하는 선거인 역시 그러한 사정을 이해하므로, 선거운동을 즈음한 표현행위의 허부를 논함에 있어서는 그러한 현상과 관행이 충분히 고려되어야 한다고 판시한 바 있고 이는 타당하다고 생각된다.

이러한 판례의 태도는 후보자비방죄의 위법성조각사유를 검토하는데 있어서도 적용되고 있다. 허위사실공표죄의 경우는 형법상 명예훼손죄의 위법성조각사유 규정과 같은 규정이 없지만, 후보자비방죄의 경우는 제251조 단서에서 “다만, 진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.”고 규정하여 형법상 명예훼손죄와 같이 진실성과 공익성을 요건으로 위법성이 조각되도록 하고 있다.

그런데 형법 제310조의 경우 “오로지 공공의 이익에 관한 때에는”이라고 규정되어 있으나 후보자비방죄의 경우 위 ‘오로지’의 문구가 없다. 이에 대하여 대법원 판례³⁹⁸⁾는 “형법 제310조에서 “진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다”라고 규정하고 공직선거법 제정 이전의 구법 당시에 후보자비방죄를 규정한 구 대통령선거법, 구 국회의원선거법 등에서 “진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다”고 규정하고 있는 것과는 달리, 공직선거법 제251조 단서는 “오로지”라는 단어를 삭제하고 “다만, 진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다”라고 규정하고 있다. 형법 제310조나 구법하의 규정에 의하여서는 공공의 이익이 적어도 주된 동기가 되어야 하고

398) 대법원 1999. 6. 28. 선고 96도977 판결.

부수적으로 사적 이익이 포함되는 경우까지만을 이에 해당하는 것으로 해석하였으므로 적어도 공공의 이익이 사적 이익보다 우월한 경우에만 이에 해당하였다고 할 것이다. 그러나, 이러한 해석으로는 선거운동의 자유를 충분히 보장할 수 없고 유권자에게 후보자에 대한 충분한 정보를 제공함으로써 유능하고 적합한 인물이 공직의 담당자로 선출되도록 기여하는 데 부족하다는 반성적 고려에서 공직선거법은 “오로지“라는 단어를 삭제한 것이라고 할 것이므로, 이제는 진실한 사실의 적시에 관한 한 그것이 반드시 공공의 이익이 사적 이익보다 우월한 동기가 된 것이 아니더라도 양자가 동시에 존재하고 거기에 상당성이 인정된다면 위 단서 조항에 의하여 위법성이 조각된다고 보아야 할 것이다” 라고 판시하여 위법성조각의 범위를 넓히는 방향으로 해석하고 있다.

판례는, 서울 지역 구의원인 피고인이 선거운동과정에서 후보자 합동연설 중 상대후보자가 피고인에 대하여 “우리 ○○동에는 작년 8월부터 구의원이 없다. ○○동 구의원이 **구청 홈페이지에 모 여성의원에 대한 명예훼손 및 성희롱 발언 내용을 게재하였고 피해 여성의원의 고소로 **경찰청에서 수사한 결과 ○○동 구의원으로 밝혀졌으며 ○○동 구의원은 구속을 모면하려는 갖은 노력 끝에 합의조건으로 의원직을 사퇴하였다” 라고 말하자, 갑자기 날조되었다고 소리치며 연단으로 뛰어올라와 연설마이크를 가로막는 등 연설을 방해한 것으로 기소된 사안에서 상대후보자의 명예훼손성 발언에 대하여 위법성조각사유가 존재한다고 판단하였다. 피고인은 자신이 연설을 방해한 것이 상대후보자의 명예훼손적 발언이라는 불법한 침해에 대하여 정당방위한 것이라고 주장을 하였고 판례³⁹⁹⁾는 상대후보자의 피고인에 대한 발언이 적시한 내용이 진실에 부합되고, 유권자들로 하여금 피고인의 공무담임자로서의 적격성을 가늠하는 데 유용한 자료로서 상대후보자의

399) 대법원 2003. 11. 13. 선고 2003도3606 판결.

평가를 저하시켜 스스로가 당선되려는 사적 이익 못지 않게 유권자들에게 상대후보자의 자질 등에 대한 충분한 자료를 제공함으로써 적절한 투표권을 행사하도록 하려는 공공의 이익도 상당한 동기가 인정되므로 결국 공공의 이익성이 인정되어 위법성이 조각된다고 판단하였다.

유권자인 국민들이 공직후보자의 능력, 자질, 전력 등 공직수행에 필요하고 충분한 조건에 관하여 충분히 정보를 제공받아 적격성 여부를 엄격하게 검토하기 위하여는 위와 같은 정보와 관련된 모든 진실한 사실에 대한 국민들의 알권리를 보장해주어야 한다. 또한 정치인인 공직후보자는 주권자인 국민으로부터 국정 수행을 위임받으므로 정치적 권한과 의무가 큰 만큼 그에 대한 국민들의 의견표현의 범위를 넓게 인정해야 하고 특히 정치인은 상이한 정견의 지속적 대결 가운데에 자신의 견해를 실행하는 것이므로 타인의 신랄한 공격에 대하여도 자신을 세워야 하는 지위에 있게 되고 자기 인격의 부정적 측면에 관한 노출도 감수해야 한다.

현재 우리 판례는 후보자비방죄로 기소된 사안에서 형법상 명예훼손죄와 마찬가지로 진실성과 공익성이 인정되면 위법성이 조각되는 것으로 판단하고 있으나, 후보자비방죄의 구성요건 자체에 해당되지 않는다고 하는 것이 타당하다. 후보자의 공직적격성 여부와 관련하여 국민들에게 진실한 사실을 알리는 것은 ‘비방’이라고 보기 힘들고 판례 또한 전술한 바와 같이 ‘비방’의 개념에 대하여 “공직의 수행 능력이나 자질과는 무관한, 전혀 사적이거나 개인의 내밀한 영역에 속하는 사항을 폭로 또는 공표한다거나 날조된 허구의 사실을 전달하는 것”이라고 판시한 바 있다. 따라서 형법의 명예훼손죄와 마찬가지로 공인인 후보자의 공적 영역과 관련된 진실한 사실을 적시하는 행위에 대하여는 위법성조각 단계에서 위법성을 판단할 것이 아니라 법률 개정을 통하여 후보자비방죄의 구성요건에서 배제하는 것이 타당하다.

이와 관련하여, 후보자와 관련된 공적 사안을 거론하며 인신공격하는 것은 대의민주주의의 기초인 선거가 본래적 기능을 하기 위하여 필수적이고 필요한 활동이므로 이는 비범죄화되어야 한다는 주장이 있고 이에 찬동한다. 공직선거에서 공직후보자라는 공인에 대하여 진실한 어떤 사실을 공표하는 것이 비방행위가 될 수 없기 때문이다. 이 견해에 의하면, 후보자와 관련된 공적 사실을 거론하며 인신공격하는 것은 비범죄화하고, 후보자와 관련된 사적 사실을 거론하며 인신공격하는 것만을 공직선거법 제251조의 후보자 비방죄로 처벌해야 하며, 후보자와 관련된 허위사실을 적시하는 것은 형법상의 명예훼손죄 및 공직선거법 제250조 제2항의 허위사실공표죄로 처벌해야 한다고 주장한다.⁴⁰⁰⁾

3. 개인정보보호법

한 사람에 대한 명예를 훼손하는 내용에 그 사람의 이름, 사진, 주민등록번호 등 개인정보가 같이 적시되어 있다면 개인정보보호법위반도 문제될 수 있다.

개인정보보호법 제2조 제1호에 의하면 ‘“개인정보“란 살아 있는 개인에 관한 정보로서 성명, 주민등록번호 및 영상 등을 통하여 개인을 알아볼 수 있는 정보(해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 것을 포함한다)를 말한다.’ 라고 규정하고 있다. 그리고 이러한 개인정보를 그 개인의 동의 없이 제3자에게 제공하는 등 유출하는 행위 등을 처벌하고 있다.

400) 조국(b), “공직선거법상 ‘사실적시 후보자비방죄’에 대한 비판적 소론”, 비교형사법연구 제17권 1호, 한국비교형사법학회, 2015, 170-172면; 권오걸, “공직선거법상 후보자비방죄에 관한 연구-표현의 자유와 선거의 공정과의 조화의 관점에서-”, 법학연구 제49권 49호, 한국법학회, 2013, 175면.

공인의 업무집행 등 공적 영역에 관련된 사실을 적시하는 경우 사실적시 명예훼손죄를 비범죄화하는 것이 타당한 것과 별론으로 위 상황에서 공인의 개인정보도 같이 적시하였을 때 개인정보보호법위반으로도 처벌하지 않는 것이 타당한가가 문제된다. 이와 관련하여서는 개인정보보호법을 통하여 개인정보를 보호하는 취지를 고려해서 판단할 필요가 있다.

헌법재판소⁴⁰¹⁾는 개인정보에 대한 권리인 개인정보자기결정권을 명시적으로 인정하였는데, 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리 즉 정보주체가 개인정보의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 권리라고 정의하였다. 그리고 개인의 내밀한 영역이나 사사로운 영역에 속하는 정보 뿐만 아니라 공적 생활에서 형성되었거나 이미 공개된 개인정보도 포함한다고 설시하였다. 그리고 “개인정보자기결정권의 헌법상 근거로는 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유, 헌법 제10조 제1문의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에 근거를 둔 일반적 인격권 또는 위 조문들과 동시에 우리 헌법의 자유민주적 기본질서 규정 또는 국민주권원리와 민주주의원리 등을 고려할 수 있으나, 개인정보자기결정권으로 보호하려는 내용을 위 각 기본권들 및 헌법원리들 중 일부에 완전히 포섭시키는 것은 불가능하다고 할 것이므로, 그 헌법적 근거를 굳이 한 두 개에 국한시키는 것은 바람직하지 않은 것으로 보이고, 오히려 개인정보자기결정권은 이들을 이념적 기초로 하는 독자적 기본권으로 헌법에 명시되지 아니한 기본권이라고 보아야 할 것이다” 라고 설시하였다.

대법원 판례⁴⁰²⁾도 헌법재판소와 같이 개인정보자기결정권을 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유, 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에 근거를 둔 헌법상 기본권으로 인정하고 있다.

401) 헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 99헌마513 결정.

402) 대법원 1998. 7. 24. 선고 96다42789 판결.

명예권도 헌법 제10조에 근거한 인격권의 일종이라는 점에서 개인정보자기결정권과 비슷한 성격을 띠나, 개인정보자기결정권은 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유 즉 프라이버시권에도 근거한다는 측면에서 상이한 측면이 있다. 개인의 사생활이 공개되어 명예가 훼손되는 경우도 있기 때문에 프라이버시권 침해와 무관하다고는 할 수 없지만 개인정보는 그야말로 개인의 신상에 관한 것으로서 프라이버시권과 직결된다고 하겠다.

그런데 사람은 혼자서 사는 것이 아니라 사회의 한 구성원이기 때문에 그에 대한 개인정보가 오로지 그만의 소유로 인정해서는 안되는 경우가 발생하고 따라서 개인정보자기결정권의 경우도 명예권과 마찬가지로 표현의 자유 내지 알권리와의 충돌이 생길 수밖에 없고, 우리 대법원 판례는 명예권의 경우와 마찬가지로 규범조화적 해석에 입각하여 각 기본권이 최대한으로 그 기능과 효력을 발휘할 수 있도록 해석하고자 한다.

대법원 판례⁴⁰³⁾는 변호사 정보 제공 웹사이트(lawmarket.co.kr)의 운영자인 피고가, ① 여러 경로를 통하여 수집한 개인신상정보(변호사들의 이름, 출생지, 성별, 사법시험 합격연도, 사법연수원 기수, 출신 학교, 법원·검찰 근무 경력 등의 정보)를 기반으로 변호사들의 ‘인맥지수’를 산출하여 공개하는 서비스를 제공하고, ② 대법원 나의사건 검색 서비스를 통해 수집한 사건 정보를 이용하여 변호사들의 ‘승소율이나 전문성 지수 등’을 제공하는 서비스를 제공하여 변호사인 원고들이 정보통신망법에 의한 금지청구소송을 제기한 사안에서 정보주체의 동의 없이 개인정보를 공개함으로써 침해되는 인격적 법익과 정보주체의 동의 없이 자유롭게 개인정보를 공개하는 표현행위로서 보호받을 수 있는 법적 이익간의 규범조화적 해석에 의하여 위법성 여부를 판단하였다.

따라서 “개인이 공적 존재인지 여부, 개인정보의 공공성 및 공익성, 개인

403) 대법원 2011. 9. 2. 선고 2008다42430 전원합의체 판결.

정보수집의 목적,절차,이용형태의 상당성, 개인정보 이용의 필요성, 개인정보 이용으로 침해되는 이익의 성질 및 내용 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 정보주체의 동의 없이 개인정보를 공개함으로써 침해되는 인격적 법익과 정보주체의 동의 없이 자유롭게 개인정보를 공개하는 표현행위로서 보호받을 수 있는 법적 이익간을 구체적으로 비교형량하여 위법성 여부를 판단해야 한다” 고 실시하였다.

따라서 본 사안에서는 위 2가지 심리 대상에 대하여 판단을 달리하였는데, 먼저 ① 피고가 산출한 ‘인맥지수’는 원고들의 공개된 개인정보를 단순히 그대로 이용한 것이 아니라 피고가 주관적인 기준에 따라 재가공하여 수치화 한 것이고, 이는 변호사의 공적 업무에 대한 평가적 요소와는 무관한 사적 영역에 속하는 정보이고, 이를 공개할 수 있도록 함으로써 달성되는 이익에 비하여 이용자에게 혼란을 초래하고 변호사의 공정한 수임질서를 저해할 우려가 크다는 이유로 피고의 인맥지수 서비스 제공행위가 원고들의 개인정보에 관한 인격권을 침해한다고 보았다. 한편 ② 피고가 제공한 변호사들의 ‘승소율이나 전문성 지수’ 등은 변호사가 공공성을 지닌 법률전문직이라는 점에서 이는 그 직무수행 영역에서 형성된 공적 정보로서의 성격이 강하고, 그 산출방법에 합리성이 있고, 이를 법률서비스 수요자들이 취사선택하여 이용할 필요성이 그로 인하여 원고들의 인격적 법익의 침해될 우려보다 크다는 이유로 그 정보제공 행위가 위법하지 않다고 판단하였다.

따라서 판례에 의한다면 공인의 공적 영역과 관련되어 이미 공개된 개인정보를 적시하는 경우에는 법익 형량에 의하여 그 정보제공 행위는 위법하지 않을 가능성이 크다. 특히 공인의 경우는 상당한 개인정보가 이미 공개되어 있는 경우가 많다. 예를 들어 누구든지 국회의원 甲에 대하여 인터넷 검색사이트를 통하여 검색하면 그의 출생연도, 학력, 경력, 사진 등 신상정

보를 얻을 수 있다.

마찬가지 취지에서 공인의 공개된 개인정보의 경우에는 당사자의 동의 없이 유포하여도 개인정보보호법위반이 아니라고 판단한 판례⁴⁰⁴⁾가 있다.

문제된 사안에서 원고는 국립대학교 교수로서 피고 주식회사 로앤비를 상대로 피고가 원고의 사진, 성명, 성별, 출생연도, 직업, 경력, 학력 등의 개인정보를 수집하여 운영하는 사이트 ‘법조인’ 항목에 올린 후 이를 유료로 제3자에게 제공한 것에 대하여 개인정보자기결정권 침해 및 개인정보보호법위반을 이유로 한 위자료지급청구 소송을 제기하였다. 그런데 개인정보 중 출생연도를 제외한 나머지 정보는 원고가 재직중인 학교 홈페이지에 이미 공개되어 있고, 출생연도는 원고가 이전에 재직한 사립대학 교원 명부 및 교수요람 등에 게재되어 있어 피고는 이러한 자료를 통하여 원고의 개인정보를 수집한 것이었다.

이에 대하여 원심은 개인정보보호법은 개인정보 수집 및 제3자 제공에 대하여 정보주체의 동의 등 몇 가지 사유에 한하여 이를 예외적으로 허용하는데 피고의 행위는 예외사유에 해당되지 않는다는 이유로 원고의 청구를 인용하였다.

그런데 대법원은 원심과 다른 판단을 하였는데 전제적으로, 정보주체가 직접 또는 제3자를 통하여 이미 공개한 개인정보는 공개당시 정보주체가 개인정보 수집 내지 제3자 제공에 대하여 일정한 범위 내에서 동의를 하였다고 할 것이므로 정보처리자가 정보를 처리할 때 개별적으로 정보주체의 동의를 받지 아니하였다고 하여 개인정보보호법 제15조나 제17조를 위반한 것이라고 볼 수 없다고 판시하였다.

그리고 정보주체의 동의가 있었다고 인정되는 범위 내인지를 판단하는데 있어서 공개된 개인정보의 성격, 공개된 형태와 대상 범위, 그로부터 추단

404) 대법원 2016. 8. 17. 선고 2014다235080 판결.

되는 정보주체의 공개 의도 내지 목적, 정보처리자의 정보공개 등 처리 형태와 정보제공으로 인하여 공개의 대상범위가 원래의 것과 달라졌는지, 정보제공이 정보주체의 원래 공개목적과 상당한 관련성이 있는지 등을 검토하여 객관적으로 판단해야 한다고 판시하였다.

본건의 경우 원고가 지자체의 장이 임용하는 교육공무원인 점, 대학교수의 경우 논문 등 집필활동·학회 등 단체활동, 국가 등 정책결정 참여 등으로 공공에 상당한 영향력을 행사할 개연성이 다른 직종에 비하여 높은 점, 특히 법학과 교수의 경우 공적인 존재인 변호사 등 법조인 양성 등에 중요한 역할을 담당하는 점 등을 종합적으로 고려할 때 원고는 공적인 존재에 해당하고, 또한 문제된 개인정보는 일반인이 일반적으로 접근 가능하도록 외부에 공개된 홈페이지, 교원명부, 교수열람 등에 이미 공개된 정보이고, 대체적으로 공적인 존재인 대학교수의 직업적 정보에 해당하여 공공성 있는 개인정보이므로 이러한 점들을 고려할 때 피고가 제3자에게 제공한 개인정보는 이미 공개된 정보로서 원고의 동의가 있었다고 객관적으로 인정되는 범위 내이므로 개인정보보호법위반에 해당하지 않는다고 판단하였다.

현재 시행되고 있는 개인정보보호법은 개인정보의 수집, 이용과 제3자 제공에 원칙적으로 정보주체의 동의가 필요하다고 규정하면서 대상이 되는 개인정보를 공개된 것과 공개되지 않은 것으로 나누어 규율하고 있지는 않다. 대법원 판결도 위 사안에서 개인정보보호법에 의하여 보호되는 개인정보에는 공개된 개인정보도 포함된다고 실시하였다. 그러나 정보의 주체가 스스로 자신의 개인정보를 공개하였다고 한다면 공개를 하면서 다른 사람에게 전파되는 것을 동의한 범위 내에서는 그 정보에 대한 다른 사람들의 자유로운 이용을 감수해야 한다. 위 판례에서 국립대학교 법과대학교 교수를 공인으로 판단한 점은 동의하기 어렵지만, 정보주체가 동의한 범위 내라고 볼 것인지 판단함에 있어서 정보주체가 공인인지 여부, 개인정보의 성격이 공

공성을 띄는지 여부 등을 기준으로 제시한 판례에 전적으로 동의한다. 국가, 정부 정책과 관련된 업무 종사를 직업으로 선택한 공인은 그가 누릴 권력 만큼 업무 수행 등 공적 영역과 관련되어 자신의 개인정보가 국민들에게 공개적으로 알려지는 것을 감수해야 할 의무가 있고, 이는 국민들의 당연한 알권리의 대상이기 때문이다.

따라서 공인의 공적 영역에 관하여 진실한 사실을 공표하는 과정에서 그러한 사실과 관련된 공개된 개인정보를 알리는 것은 정보주체의 동의 없이 개인정보를 처리하는 것이 아니므로 결국 개인정보보호법위반의 구성요건에 해당되지 않아 죄가 성립하지 않는다고 보아야 할 것이다. 다만 이 경우 어떠한 공개된 개인정보가 공적 영역과 관련된 공공성을 가진 정보인지 여부를 판단하는 것이 중요할 것이다. 예를 들어 국회의원 甲의 성희롱적 발언을 비판하면서 그의 부인의 이름, 나이, 학력, 자녀가 어느 학교에 다니는지 등의 개인정보를 적시하는 경우 이 경우 적시한 개인정보는 甲에 대하여 비판하고자 하는 공적 영역과 전혀 상관 없는 정보로서 이 경우는 개인정보보호법위반죄로 처벌하는 것이 타당하다고 하겠다.

한편 공인의 공적 영역과 관련된 ‘비공개’의 개인정보를 공인의 동의 없이 적시하는 경우는 개인정보보호법위반이 되는지가 문제된다. 얼마 전 법무부장관 후보자였던 법과대학 교수의 민사소송 관련 판결문이 공개되어 사회적 이슈가 된 바 있다.

공인의 범죄전력 즉 전과와 같은 개인정보의 경우는 공인 스스로 공개하지 않아도, 즉 공개를 명시적으로 반대하더라도 국민들의 알권리의 대상이 되는 것은 당연하다. 대법원 판례도 공직 입후보자의 전과에 대하여 공직수행과 연관성이 있는지 여부를 불문하고 공개될 수 있다고 판시하였다.⁴⁰⁵⁾ 피고인은 구의회 의원 선거 입후보자였는데 후보자 합동연설회에서 연설을

405) 대법원 1996. 6. 28. 선고 96도977 판결.

하면서 상대후보자에 대하여 불법의료행위로 구속된 전력이 있다고 공표하여 공직선거법의 후보자비방죄로 기소된 사안이었다. 이에 대하여 판례는 공직후보자의 전과가 공직수행과 상관 없는 범죄라 할 지라도 이를 공표하는 것은 국민의 알권리, 표현의 자유에 비추어 공공의 이익이 인정되고 위법성이 조각된다고 판시하였다. 즉 “공직수행과정에서 저지른 범죄 등에 관한 전과가 공개되는 것이 공공의 이익에 부합된다고 보는 이유는 그것이 유권자들에게 공개됨으로써 유권자들이 유능하고 인격이 상대적으로 훌륭한 후보를 선택하는데 정보를 제공하기 때문이라고 할 것인데 후보자의 다른 전과의 공개도 이와 동일한 기능을 할 것임이 명백하다”고 판시하였다.

한편, 법무부 수사공보준칙인 ‘인권보호를 위한 수사공보준칙’에 의하면⁴⁰⁶⁾ 수사대상자인 일정 범위의 공적 인물의 경우 실명 등을 공개하는 것을 가능하도록 규정하고 있다. 대법원 판례도 수사기관이 피의사실을 보도하는 경우에 피의자의 이름 등 신원을 공개하는 것과 관련하여 사인의 경우에는 익명보도를 원칙으로 하지만 공인의 경우에는 실명을 보도할 수 있음을 판시하였다. 즉 “일반적으로 대중 매체의 범죄사건 보도는 범죄 행태를 비판적으로 조명하고, 사회적 규범이 어떠한 내용을 가지고 있고, 그것을 위반하는 경우 그에 대한 법적 제재가 어떻게, 어떠한 내용으로 실현되는가를 알리고, 나아가 범죄의 사회문화적 여건을 밝히고 그에 대한 사회적 대책을 강구하는 등 여론형성에 필요한 정보를 제공하는 등의 역할을 하는 것으로 믿어지고, 따라서 대중 매체의 범죄사건 보도는 공공성이 있는 것으로 취급할 수 있을 것이다. 그러나 범죄 자체를 보도하기 위하여 반드시 범인이나 범죄 혐의자의 신원을 명시할 필요가 있는 것은 아니고, 범인이나 범죄혐의자에 관한 보도가 반드시 범죄 자체에 관한 보도와 같은 공공성을 가진다고 볼 수도 없을 것이다....원고 1과 망 소외 2는 평범한 시민으로서

406) 법무부 훈령 제761호, 2010. 1. 22. 시행.

어떠한 의미에서도 공적인 인물이 아닌 이상 일반 국민들로서는 피고 언론 각사가 적시한 범죄에 대하여는 이를 알아야 할 정당한 이익이 있다 하더라도 그 범인이 바로 원고 1과 망 소외 2이라고 하는 것까지 알아야 할 정당한 이익이 있다고 보이지 않는다” 라고 판시⁴⁰⁷⁾하였다.

그런데 공인의 민사적인 분쟁(특히 위 법무부장관 후보자의 사안의 경우는 혼인과 관련된 사안이었다)의 경우에도 국민들이 그에 대하여 자유롭게 접근할 수 있다고 보아야 하는지 의문이 제기되는데, 사실적시 명예훼손죄의 경우와 마찬가지로 결국은 그 개인정보가 공개되어 있는지 여부를 불문하고 공직자의 업무 수행, 공직적격성 여부 등 공적 영역과 관련된 것으로 국민의 알권리의 대상이 되는지 여부로 판단해야 할 것으로 보인다.

4. 모욕죄

공인의 공적 영역과 관련되어 사실을 적시하는 것이 아니라 단순한 주관적인 의견을 표명하는 경우에는 형법상 명예훼손죄가 아니라 모욕죄 성부를 검토해야 한다. 그런데 사실적시 명예훼손죄를 비범죄화하는 경우 모욕죄에 대하여는 어떻게 판단해야 하는지가 문제된다.

형법 제311조에 의하면 “공연히 사람을 모욕한 자”를 처벌하고 있다. 공연성의 의미는 명예훼손죄에서의 의미와 동일하다. 모욕적 표현은 사실을 적시하지 않고 사람에게 대하여 경멸적 의사를 표시하는 것으로 판례에 의하면 ‘나쁜 놈’, ‘개같은 잡년’ 등의 표현이 해당된다.⁴⁰⁸⁾ 그런데 단순히 상대방을 불쾌하게 만들 수 있는 무례하고 저속적인 표현이 아니라 나아가 객관적으로 상대방의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 저하시킬만한 모

407) 대법원 1998. 7. 14. 선고 96다17257 판결.

408) 이재상·장영민·강동범, 형법각론(주27), 201-202면.

욕적 표현에 해당되어야 하고 이를 판단함에 있어서는 피고인과 피해자의 관계, 피고인이 발언을 하게 된 경위와 발언 횟수, 발언의 의미와 전체적 맥락, 발언을 한 장소와 발언 전후 정황 등을 모두 고려해야 한다는 것이 판례⁴⁰⁹⁾의 태도이다.

한편 헌법재판소는 모욕죄 처벌이 비례의 원칙 위반인지가 문제된 위헌소원 사건에서 합헌결정⁴¹⁰⁾을 한 바 있다. 즉 헌법재판소는 “사람의 가치에 대한 사회적 평가인 외부적 명예를 보호하기 위한 것으로서 입법목적이 정당하고 공연히 사람을 모욕하는 행위를 처벌하는 것은 그 입법목적 달성에 기여하는 적합한 수단에 해당한다. 그리고 사람은 사회적 존재이므로 사람의 인격을 경멸하는 가치판단의 표시가 공연히 이루어질 때 그 사람의 사회적 가치가 침해됨에 따라 사회의 구성원으로서 생활하고 발전해 나갈 가능성도 침해될 뿐만 아니라, 특히 현대사회에서 미디어와 정보통신 기술의 발달로 모욕적 행위가 쉽게 전파되고 그 피해가 극심하며 피해 회복이 쉽지 않다는 점을 고려하면 피해자의 고소가 있을 것을 조건으로 형사처벌을 그 제재 수단으로 선택한 것이 현저히 자의적인 것으로 보기 어렵고, 이 사건 형법 조항에 의하여 달성될 공익은 매우 중대한 반면, 제한되는 행위는 공연히 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현하는 것이므로 공익과 제한되는 사익 사이에 현저한 불균형이 있다고 보기 어렵다”고 판시하였다.

명예훼손죄의 각칙상 위법성조각사유인 형법 제310조를 모욕죄에도 적용될 수 있는지 여부에 대하여는 법조문에 명시적인 규정이 없고 판례도 부정하고 있다. 다만 판례⁴¹¹⁾는 구체적 사건에서 형법 총칙상의 위법성조각사유인 제20조의 정당행위 규정을 적용하여 ‘그 시대의 건전한 사회통념에

409) 대법원 2015. 9. 10. 선고 2015도2229 판결.

410) 헌법재판소 2011. 6. 30. 선고 2009헌바199 결정.

411) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도1433 판결.

비추어 그 표현이 사회상규에 위배되지 않는 행위로 볼 수 있는 때에는’ 위법성이 조각된다고 판시하고 있다.

판례⁴¹²⁾는 골프장 경기보조원(캐디)으로 근무하던 피고인이 강제해고당하자 근무 당시 선임조장인 피해자로부터 부당한 대우를 받았다고 생각하고 다음카페의 ‘캐디세상’이라는 카페에 접속하여 게시판에 ‘재수 없으면 별당잡힘, 아주 조심해야 함, 부장이나 조장 마주치지 않게 피해서 다녀야 됨, 조장들 한심한 인간들임, 불쌍한 인간임. 잘못 걸리면 공개처형됨’이라는 내용의 글을 게재하여 모욕죄로 기소된 사안에서 형법 제20조의 정당행위로 위법성이 조각된다고 판단하였다.

1심에서는 유죄가 선고되었으나 2심에서는 게시글 전체의 취지가 ‘규칙도 없어 운이 없으면 별로 잡무를 할 수 있으니 조심하라. 부장이나 조장을 피하라. 조장들이 한심하고 불쌍하다. 공개적으로 망신당한다.’는 정도의 내용이고, 조장인 피해자를 지칭하는 ‘불쌍하다’, ‘한심하다’는 표현은 ‘처지가 가없고 애처롭다’, ‘정도에 너무 지나치거나 모자라서 가없고 딱하거나 기막히다’는 뜻에 불과하므로 피고인이 자신의 의견을 표현할 자유를 일탈하여 피해자에 대한 사회적 평가를 훼손한 모욕적 언사라고 보기 어려워 모욕죄에 해당하지 않는다고 판시하였다.

그러나 대법원은 일단 모욕죄의 구성요건에는 해당하나 형법 제20조의 정당행위로 위법성이 조각된다고 판단하였다. 해당 글이 전체적으로 피고인이 근무하였던 골프클럽에서 운영된 징벌적 근무제도의 불합리성 및 불공정성에 대한 불만을 토로하는 취지에서 작성된 것으로, 징벌적 근무제도가 실제 운영되어 왔고, 상당한 정도의 업무강도를 수반하는 것으로 보여지므로 위 제도에 대한 피고인의 의견이나 판단이 합리적인 것인지 여부는 차치하고 전혀 터무니없는 것은 아닌 점, 위 글에서는 피해자를 ‘조장’ 또는 ‘조

412) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도1433 판결.

장들’ 이라고만 표현하고 구체적으로 누구라고 지칭하지 않았고 그 중 모욕적 표현은 한심하고 불쌍하다는 내용의 1회의 표현에 그쳤고 그 부분이 글 전체에서 차지하는 비중도 크지 않은 점, 그 표현이 내포하는 모욕의 정도도 일상적으로 사용되는 경미한 수준의 것인 점, 글의 게시장소도 골프클럽 경기보조원들 사이에서 각 골프클럽에 대한 정보교환을 통해 구직의 편의 등의 도모를 주된 목적으로 하는 사이트 내 회원 게시판으로, 피고인이 개인적으로 실제 경험하였던 특정 골프클럽 제도운영의 불합리성을 비난하고 이를 강조하는 과정에서 그 비난의 대상인 제도의 담당자인 피해자에 대하여도 같은 맥락에서 일부 부적절한 표현을 사용하게 된 것으로 보이는 점 등에 비추어 피고인의 행위는 사회상규에 위배되지 않는다고 봄이 상당하다고 판시하였다.

이러한 판례의 취지를 고려한다면 공인의 공적 영역과 관련되어 의견을 표명하는 경우에도 형법 제20조에 의하여 위법성이 조각될 수 있다.

한편 판례⁴¹³⁾는 공직자, 정치인과 같은 공인의 공적 영역에 관하여 모욕적 언사를 하는 경우 위법성 조각여부를 따지는데 있어서 이익형량의 기준으로 사실적시에 의한 명예훼손에서 설시한 것과 같이 마찬가지로 “악의적이거나 현저히 상당성을 잃었다고 볼 정도에 이르렀는지 여부”로 판단하고 있다. 해당 사안은 당시 언론사 사주가 성상납 사건에 연루되었다는 소문이 있었고 아직 수사 중이어서 진실로 밝혀지지 않은 상황에서 국회의원이 국회 여성위원회에서 “성상납 받은 사람이 누구냐, 다 권력자들이다. 언론사도 엄청난 권력 아니냐, 언론사는 권력기관이기 때문에 성매매 예방 교육을 강제하여야 한다”는 취지의 발언을 하였는데, 특정 신문사가 사설 제목에서 위 국회의원이 언론을 상대로 ‘성폭행적 폭언’을 하였다고 표현하고, 본문에서 “언론인들 얼굴에 오물을 던진 것”, “모략성 흑색 유

413) 대법원 2014. 8. 20. 선고 2012다19734 판결.

언비어를 악용해 특정인과 특정 직업집단 전체에 침을 뱉는 과렴치한 탈선”, “정상적 의원으로서, 정상적 인간으로서의 선을 넘었다” 라고 표현한 사안이었다.

이 사건에서 원심은 적시된 내용의 표현방법 및 정도에 비추어 지나치게 경멸적인 표현으로서 공직자에 대한 감시, 비판, 견제 등의 정당한 언론활동의 범위를 벗어나 상당성을 잃은 경우에 해당하여 불법행위에 해당한다고 판단하였다.

그러나 대법원은 “언론이 사실을 통하여 공적인 존재에 대하여 비판적인 의견을 표명하는 것은 언론 본연의 기능에 속하는 것이므로 원칙적으로 위법하다고 볼 수 없다. 다만 표현행위의 형식 및 내용 등이 모욕적이고 경멸적인 인신공격에 해당하여 인격권을 침해한 경우에는 의견표명으로서의 한계를 일탈한 것으로서 불법행위가 될 수 있다. 특히 공직자나 정치인과 같은 공적인 존재의 도덕성, 청렴성의 문제나 그 직무활동이 정당하게 이루어지고 있는지 여부는 항상 국민의 감시와 비판의 대상이 되어야 한다는 점을 감안할 때, 그에 대한 감시와 비판 기능은 그것이 악의적이거나 현저히 상당성을 잃었다고 볼 정도에 이르지 아니하는 한 쉽게 제한되어서는 아니 된다. 더욱이 국민의 대표자인 국회의원은 입법과 국정통제 등에 관한 광범위한 권한을 부여받고 나아가 그 직무를 적절히 수행할 수 있도록 면책특권을 보장받는 등으로 통상의 공직자 등과 현격히 다른 발언의 자유를 누리는 만큼 그 직무활동에 대한 비판도 보다 신축성 있게 수인되어야 하고, 그에 대한 감시·비판·견제라는 언론 본연의 기능이 함부로 위축되어서는 아니 된다” 라고 판시하였다.

그리고 해당 사건의 경우, 사실의 전체적인 취지가 국회의원의 국회 발언에 면책특권이 있다고 하여 언론인과 같은 특정 집단 전체를 성상납을 받거나 성매매를 하는 집단으로 모욕을 주어서는 안 된다는 내용으로, 원고의

국회의원으로서의 직무활동에 대하여 비판적인 의견을 개진하는 과정에서 일부 경멸적인 표현이 사용되기는 하였으나, 전체적인 내용과 취지로 볼 때 원고에게 악의적으로 모욕을 가할 목적으로 작성된 사설이라고 보기 어려운 점, 원고의 발언은 언론인에 대하여 성매매 예방교육을 강제하는 법안 발의에 관련된 것으로서 공공의 이해에 관한 사항이고, 공적 존재인 원고가 제시한 정책과 관련된 것이므로 다양한 비판과 문제제기가 허용되어야 하는 점, 통상적으로 신문의 사설은 사실의 보도를 위주로 하는 일반 기사와는 다르게 강한 어조의 비판이나 풍자·과장 등의 수사적인 표현기법이 흔히 사용되고 일반 독자들도 그러한 속성을 감안하여 받아들이는 경향이 있는 점 등을 종합하여 볼 때, 이 사건의 사설의 표현들이 지나치게 모멸적인 언사에 의한 인신공격에 해당하여 의견표명으로서의 한계를 일탈하였다고 보기 어렵다고 판단하면서 원심판결을 파기하였다.

또한 판례⁴¹⁴⁾는 “공적인 존재의 공적인 관심사에 관한 문제의 제기가 널리 허용되어야 한다고 하더라도 구체적 정황의 뒷받침도 없이 악의적으로 모함하는 일이 허용되지 않도록 경계해야 함은 물론 구체적 정황에 근거한 것이라 하더라도 그 표현방법에 있어서는 상대방의 인격을 존중하는 바탕 위에서 어휘를 선택하여야 하고, 아무리 비판을 받아야 할 사항이 있다고 하더라도 모멸적인 표현으로 모욕을 가하는 일은 허용될 수 없다”고 판시하여 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 표현의 한 기준을 제시하였는데, 공인의 공적 영역과 관련된 정치적 의견을 표현하는 것이라도 욕설, 비아냥 등 인신공격적이고 모욕적인 내용을 적시하는 경우에는 형법상 모욕죄로 처벌하는 것이 타당하다는 점에서 판례에 동의한다.

이와 관련하여 하급심 판례⁴¹⁵⁾ 중에도 한 방송인이 전교조 집회에 참석하여 국회의원에 대하여 비판하면서 “명예훼손이라는 것은 훼손될 명예가

414) 대법원 2002. 1. 22. 선고 2000다37524 판결.

415) 서울남부지법 2010. 12. 8. 선고 2010고단2580 판결.

있는 사람에게 명예훼손이 되는 것이지 훼손될 명예가 없는 개나 짐승 소
한테는 물건으로 취급하기 때문에 명예훼손이 안됩니다” 라고 발언한 사안
에서, “어떤 글이나 발언이 모욕적인 표현을 포함하는 판단 또는 의견의
표현을 담고 있는 경우에도 그 시대의 건전한 사회통념에 비추어 그 표현
이 사회상규에 위배되지 않는 행위로 볼 수 있을 때에는 형법 제20조에 의
하여 예외적으로 위법성이 조각된다 할 것이다....(중략)..그러나 피해자를 개
나 소 등 동물에 비유하여 비하하는 발언을 하였는바 이는 정당한 비판이
나 풍자의 한계를 넘는 것으로서 이와 같은 수준의 표현까지 사회상규에
반하지 않은 것으로서 보호된다고 보기는 어렵다. 비록 피해자가 국회의원
의 신분을 가진 공인이고 법규에 위반한 정치적 행태로 인하여 국민으로부터
비판을 받을 상황에 놓였다고 하더라도 국회의원이기 이전에 자연인으로
서 가지는 고유의 인격권은 이를 보호받음이 마땅하고 피고인의 발언은
위 권리를 침해함으로써 피해자가 공인으로서 수인해야 할 한도를 넘어 피
해자를 모욕하였다고 판단된다” 고 판시하였다.

그런데 공인의 공적 영역과 관련하여 자신의 의견을 표명하는 것 또한 진실
한 사실을 공표하는 것과 마찬가지로 국민의 헌법상 인정되는 당연한 권리이
다. 주관적인 가치판단을 표명하는 것이므로 오히려 사실을 적시하는 것보다
표현의 자유를 넓게 인정해 주어야 한다. 따라서 공인의 공적 영역에 관한
사실 적시를 비범죄화한다면 의견표명의 경우도 당연히 비범죄화해야 한다.
다만, 그 의견표현이 방식, 내용 등에 비추어 악의적이고 현저히 상당성을 잃
었다고 인정되는 경우에는 모욕죄가 성립하고 처벌해야 하는 것이 당연하다.
그런데 모욕죄의 경우는 명예훼손죄와 달리 사안마다 표현이 악의적이고 현
저히 상당성을 잃은 것인지 판단해야 하므로 법률에 비범죄화의 영역을 명시
하기는 어렵다고 보여지고 판례의 해석에 맡겨야 할 것으로 생각된다.

제6장 결론

현대사회는 인터넷이 상용화된 정보화 사회이다. 따라서 현대사회의 명예훼손죄를 사이버 명예훼손죄라고 칭하여도 과언이 아닐 정도이다.

필자가 본 논문의 연구를 시작한 계기는 검사로서 명예훼손 사건을 처리하면서 다양한 유형의 사이버 명예훼손 사건을 배당받아 과연 명예훼손죄가 성립하는지 답을 쉽게 찾지 못하여 힘들었던 경험에서 비롯되었다. 인터넷에 피해자를 ID로만 적시하여 명예훼손성 글을 올린 사건, 타인의 명예훼손성 트윗글을 리트윗하여 전파하거나 타인의 명예훼손성 페이스북 글을 공유하기 방법으로 전파한 사건, 트위터나 페이스북으로 전현직 대통령을 비롯한 공직자, 정치인에 대한 명예훼손성 글을 게재한 사건 등을 검토하면서 일반 형사법상의 명예훼손죄의 법리만으로는 범죄 성립 여부를 판단하기 어려웠고 사이버 명예훼손죄에 관한 논문, 판례 등을 찾아보기 시작한 것이 본 논문 연구의 시작이 되었다.

사이버 명예훼손죄를 검토함에 있어서는 기본적으로 사이버 공간의 특성에서 비롯되는 사이버 명예훼손 행위의 몇 가지 특수성을 고려해야 한다.

우선 비대면성 및 익명성으로, 진실 여부에 대한 확신이 없어도 대범하게 표현행위를 하게 되고 표현은 더욱 노골적이고 자극적이다. 또한 표현자와 수용자의 이중적 지위를 향유하는 쌍방향성(two-way) 때문에 피해자는 물론 제3자인 네티즌들도 자유롭게 의사를 표현할 수 있고 소위 토론이 가능하다. 한편 해당 표현물이 영구 삭제되지 않는 이상 보존되므로 언제든지 검색 가능하고 다시 명예훼손의 피해에 노출될 수 있으며, 국경을 초월하여 누구든지 표현물을 접할 수 있고 전파 속도 또한 매우 빨라 이러한 시공간

을 초월하는 전파성은 명예훼손의 피해정도를 더 심각하게 만든다. 그리고 정보검색의 용이성으로 개인의 신상정보를 손쉽게 구할 수 있고 소위 ‘신상털기’ 방식의 명예훼손이 사회적인 문제를 야기하고 있다.

이러한 사이버 명예훼손의 특성을 고려할 때 일반 명예훼손 행위보다 법적 규제를 더 완화해야 한다는 견해가 존재한다. 대부분의 사람들이 게시글의 신빙성이 낮다고 판단하기 때문에 게시글로 인하여 피해자의 명예가 ‘훼손’ 되었다고 보기 어렵고, 피해자의 반박이 용이하므로 굳이 명예훼손에 대하여 민형사의 사법처리를 할 필요가 없다고 설명한다.

그러나 개인의 사생활에 관한 진실을 공개하여 명예훼손하는 경우에는 진실이기 때문에 신빙성이 낮은 것도 아니고 피해자가 반박할 수 있는 사안도 아니라는 점에서 타당하지 않다. 또한 명예훼손죄는 추상적 위법범으로서 사실을 적시하면 기수에 이르는 것이기 때문에 네티즌들이 표현물을 신뢰하지 않아 실제 명예가 훼손되지 않았다 하더라도 명예훼손죄는 성립할 수 있다. 물론 명예훼손죄는 사람의 사회적 평가를 저하할만한 사실을 적시하여야 하고 이를 판단함에 있어서 표현물이 독자에게 주는 인상도 판단기준이 되지만, 게시 내용이 전혀 터무니 없는 허황된 것이 아닌 이상 사이버 공간에 적시된 내용이라는 이유만으로 사람들이 그 내용에 대하여 신뢰하지 않는다고 주장하는 것은 무리이다.

또한 피해자의 즉각적인 신뢰도 높은 반박으로 네티즌들이 게시글의 내용을 신뢰하지 않기 때문에 가해자에 대한 법적 규제를 완화해야 한다고 한다면 피해자가 진실을 밝히기에 적극적인 노력을 한 경우 오히려 가해자가 뜻밖의 이득을 얻는 것으로 어불성설이다. 특히 피해자의 사생활과 관련된 경우 공개토론의 과정에서 더욱더 명예훼손이 확대될 수도 있다. 뿐만 아니라 명예훼손성 표현물의 전파속도와 범위가 매우 빠르고 넓어 피해자의 반박이 이를 쫓아가기도 어렵다. 오히려 사이버 명예훼손은 사이버 공간의 시

공간을 초월한 전파성으로 인하여 엄청난 명예훼손의 피해를 야기한다.

결국 사이버 명예훼손이라 하여 일반 명예훼손과 비교하여 법적 규제를 완화하는 것은 타당하지 않고 똑같은 잣대로서 명예훼손죄 여부를 평가해야 할 것이다.

한편 우리나라는 일반 명예훼손죄와 사이버 명예훼손죄를 구분하지 않고 모두 형법으로 의율하는 미국, 독일, 일본 등 외국의 입법례와 달리 정통망법에 별도의 처벌조항을 마련하여 이원적 법체계를 구성하고 있다. 그러나 사이버 명예훼손죄는 일반 명예훼손죄와 범죄수단의 매체만이 다를 뿐이고, 오히려 오늘날 명예훼손죄의 보편적인 행태라는 점에서 이를 특별 형법으로 규율할 합리적인 이유가 없다. 따라서 사이버 명예훼손죄를 형법으로 편입하여 단일화하는 것이 타당하다. 구체적인 편입방법은 사이버 공간에서도 공연성이 없는 표현의 자유는 절대적으로 보호하는 것이 마땅하므로 공연성을 요건으로 하지 않는 출판물 등에 의한 명예훼손죄의 일부로 편입할 것이 아니라 ‘공연성’을 구성요건으로 하는 별도의 처벌조문을 만드는 것이 타당하다고 생각된다.

한편 사이버 명예훼손죄는 그 특수성 때문에 일반 명예훼손죄의 법리와 다른 여러 법적 쟁점을 불러일으킨다.

피해자를 ID로만 적시하였고 여러 사정을 종합해도 ID 소유자의 인적사항을 특정할 수 없을 때에도 과연 “ID를 가진 사람”으로 피해자로 인정하여 명예훼손죄로 처벌할 수 있는지가 문제된다. 판례는 ID 소유자의 인적사항을 특정할 수 있어야만 특정인에 대한 명예훼손죄가 성립한다는 입장이나 이는 타당하지 않다고 생각된다. 오늘날 사회에서 사이버 공간은 더이상 가상의 세계가 아니다. 사이버 공간에서만 활동하는 직업군도 상당히 많이 생겨났고 이 경우 현실 공간보다 오히려 사이버 공간에서 활동하는 시간이 절대적으로 많고 그 안에서 명성과 스펙을 쌓아나간다. 사이버 공간에서 개

개인의 이름 역할을 하는 ID만으로 그 소유자는 존중받아야 할 사회적 가치를 갖고 있고 따라서 명예의 주체로서 똑같이 형법적으로 보호해주어야 한다. 다만 명예훼손죄의 보호법익이 외부적 명예 즉 개개인에 대한 사회적 평판이라는 점에서 해당 ID 등으로 사이버 공간 안에서 상당 기간 활동하여 어느 정도 네트워크가 형성되어 있고 ID에 대한 평판이 구축된 경우에 한하여 명예의 주체성을 인정하는 것이 타당하다.

한편 정통방법의 사이버 명예훼손죄는 일반 명예훼손죄와 달리 “비방의 목적”을 추가로 요구하고 있는데 이는 삭제하는 것이 바람직하다. 비방 목적과 명예훼손의 고의는 주관적인 의욕의 정도만 차이가 있을 뿐 같은 성질의 것이다. 즉 비방 목적은 명예훼손의 고의 중 미필적 고의보다 주관적 의욕의 정도가 강한 것에 불과하다. 굳이 설정하자면 “그저 재미있어서” 타인의 명예를 훼손시킬만한 표현을 하는 경우 비방의 목적이 없다고도 볼 수 있으나 이러한 경우 사이버 공간에서 범했다는 이유만으로 처벌의 불법성이 감소한다고 볼 수 없다. 그리고 주관적인 의욕의 강도의 차이만 있을 뿐이므로 비방의 목적이 있는 경우와 단지 명예훼손의 고의만 있는 경우를 현실적으로 명확히 구별하기 어렵다.

사이버 명예훼손은 순수하게 표현물을 게재하는 것 뿐만 아니라 폼, 링크 설정 등 다양한 유형으로 행해지고 이를 사실적시로 보아 처벌할 수 있는지가 문제된다.

이미 게시된 것을 복제하고 가공변형 없이 그대로 게재하는 폼글의 경우 현실 공간에서의 전언에 해당하므로 사실 적시로 볼 수 있다는 것이 통설 및 판례의 태도이고 타당하다. 다만 폼 행위를 한 사람을 최초 원게시자와 같은 명예훼손죄의 정범으로 처벌할지 아니면 중범으로 처벌할지가 문제된다. 판례는 피고인이 트윗글을 리트윗하는 방법으로 폼을 한 것에 대하여 명예훼손죄의 정범으로 처벌하는 입장이고, 타당하다고 생각된다. 폼 행위자

는 자신이 적극적으로 원게시글을 복사하여 재게시함으로써 사실적시를 직접 실행하였는바 구성요건에 해당하는 사건진행을 장악하고 지배하였다고 보는 것이 타당하고, 방조의 고의를 가졌다고 보기 힘들다. 따라서 펌 행위자가 원게시자와 공모하여 펌 행위를 하여 게시글을 확산하기로 공모하였다면 공동정범이 성립할 것이고, 그러한 공모 없이 펌 행위자 스스로 펌 행위를 하였다면 단독정범이 성립할 것이다.

그러나 명예훼손성 표현물이 게재된 사이트로 링크 설정만을 한 행위는 사실적시로 평가할 수 없다고 판단된다. 판례도 명예훼손죄에 대한 판례는 없지만, 저작권법위반죄 등 사안에서 링크 설정만으로는 내용이 존재하는 곳의 위치정보를 제공하는 것에 불과하기 때문에 사실 적시로 볼 수 없다는 입장을 취하고 있다. 명예훼손죄에서의 사실 적시는 불특정 또는 다수인이 그 사실을 인식할 수 있도록 공개되어야 한다. 그런데 링크만을 설정한 경우에는 불특정 또는 다수인의 선택에 따라 설정된 링크를 클릭하는 별도의 행위가 개입되어야만 명예훼손성 표현물을 인식할 수 있는 상황이 되고 클릭행위를 하지 않는 경우 인식의 가능성 조차 없으므로 구체적인 표현내용인 사실을 “적시”했다고 보기는 어렵다고 판단된다.

한편 인터넷의 공간을 초월하는 전파성 때문에 형법의 장소적 적용범위가 문제된다. 가해자의 국적지, 가해자의 소재지, 인터넷 서버의 소재지 모두 우리나라가 아니지만 피해자는 한국인인 경우 과연 우리 형법을 적용하여 수사 및 재판을 할 수 있는지가 문제되는 것이다. 명예훼손죄의 경우 나라마다 범죄 성립 및 처벌 여부가 상이하므로 형법의 장소적 적용범위의 판단기준에 대한 신중한 접근이 요구된다.

이러한 경우 속지주의 및 속인주의 원칙에 따르면 우리 형법을 적용할 수 없다. 속지주의의 ‘범죄지’에 대한 통설 및 판례의 견해인 편재설에 따르면 실행행위지와 결과발생지가 모두 범죄지에 해당될 수 있는데 명예훼손

죄는 추상적 위험범이고 거동범으로 결과발생이 구성요건적 사실이 아니므로 실행행위지가 한국이 아닌 이상 우리 형법의 적용을 받을 수 없다. 다만 보호주의 규정인 형법 제6조에 의하여 가해자가 소재한 외국에서도 명예훼손죄로 처벌한다는 것을 조건으로 우리 형법으로 처벌할 수 있다. 따라서 가해자가 소재한 외국이 미국과 같이 대부분의 주에서 명예훼손죄를 처벌하지 않는 국가라면 우리 형법으로 처벌할 수 없는 것이다. 이러한 경우 행위개념 또는 결과지 개념을 확장해서 형법의 적용범위를 확대하는 방향으로 해석하는 견해가 있으나, 가해자의 출신국이나 거주국에서는 처벌하지 않는 행위를 처벌하는 것은 신뢰의 원칙에 반하고, 인터넷에 접속할 수 있는 모든 국가가 자국의 형법을 적용하는 부당한 결과가 초래될 수 있으므로 타당하지 않다고 판단된다. 결국은 형법 제6조의 쌍방가벌주의에 따라 우리 형법의 적용 여부를 결정하는 것이 자국민 보호와 신뢰의 원칙 및 국제 법질서의 안정을 조화롭게 도모하는 방향이라고 생각된다.

사이버 명예훼손의 경우 표현물의 게재 공간을 제공한 인터넷서비스 제공자도 형사처벌해야 되지 않느냐는 문제가 있다. 이들은 막대한 수입을 거두어들이며 상당한 사회적 영향력을 보유하고, 대부분이 불법 게재물을 검열하여 삭제할 수 있는 기술적 능력을 보유하고 있는 점 등에 비추어 본다면 일정한 요건을 조건으로 형사처벌을 하는 것이 자기책임의 원칙에 반한다고 볼 수는 없을 것으로 판단된다.

미국, 독일, 일본 등 외국의 경우는 정보통신과 관련된 특별법에서 인터넷서비스 제공자의 법적책임을 물을 수 있는 요건을 명확히 규정하고 있고 그 요건은 각국별로 약간의 차이는 있지만 기본적으로 인터넷서비스 제공자가 표현물을 인식하였고 그 표현물에 대한 차단이 기술적으로 가능한 경우에는 법적 책임을 인정하고 있다.

그런데 우리나라의 경우 위와 같은 법적 책임을 인정하는 법률적 근거가

없고, 다만 대법원이 최근 전원합의체 판결을 통하여 인터넷서비스 제공자의 민사상 불법행위의 손해배상책임의 성립요건을 명확히 하였는데 구체적 요건은 첫째 명예훼손적 게시물의 불법성이 명백하고, 둘째 피해자로부터 게시물의 삭제 등 요구를 받았거나 게시물의 존재를 알았거나 알 수 있었음이 외관상 명백히 드러나며, 셋째 기술적, 경제적으로 게시물에 대한 관리·통제가 가능하고, 넷째 그럼에도 상당한 기간이 지나도록 아무런 조치를 하지 않은 것이다.

인터넷서비스 제공자의 형사책임과 관련하여서는 부작위에 의한 명예훼손죄의 방조범이 성립한다는 것이 일반적인 학계의 입장이다. 형사처벌의 대상이 되는 행위는 명예훼손성 글이 게시된 이후 이를 삭제하지 않고 방치한 행위이지 가해자가 명예훼손성 글을 게시할 수 있도록 공간을 제공한 행위가 아니라는 점에서 부작위범으로 의율하는 것은 타당하다. 인터넷서비스 제공자가 가해자와 공모하여 자신이 운영하는 웹사이트에 표현물을 적극적으로 게재하도록 한 경우가 아닌 한 웹사이트에 게재할 수 있도록 한 것은 아무런 불법성을 갖지 않는다.

그런데 이미 게시된 명예훼손성 표현물을 삭제하지 않은 행위만으로 행위 지배를 인정하기 어렵기 때문에 정범은 성립할 수 없다. 그런데 방조범의 경우도 판례에 따른다면 표현물이 게재되면 기수와 동시에 범행이 종료되므로 방치행위는 범행 종료 이후 개입으로 방조범의 성립은 불가능하다. 그러나 사이버 명예훼손은 표현물이 삭제될 때까지 사실적시의 범행이 계속되고 있다고 볼 수 있으므로 계속범으로 보는 것이 타당하고 그렇다면 당연히 방조범은 인정된다.

그러나 기존 논의는 현행법상 인터넷서비스 제공자의 법적 책임에 대한 규정이 존재하지 않으므로 결국 위험원의 관리자로서 안전의무라는 조리에 의한 작위의무를 인정하나, 조리의 개념이 지나치게 포괄적이어서 인정범위

가 지나치게 확장될 수 있고, 개별 사안에 따라 법률실무가의 자의적인 판단이 개입되어 형평성을 잃을 수 있어 명확성 원칙 및 신뢰의 원칙에 반하는 측면이 있다. 따라서 인터넷서비스 제공자의 민사책임에 대한 대법원 판례의 요건을 적용하여 조리상 작위의무를 명확히 하는 방법을 생각해 볼 수 있고 나아가 좀더 이상적인 방향은 대법원 판례 및 외국의 입법례를 참조하여 인터넷서비스 제공자의 법적 책임에 관한 입법을 하는 것이다.

한편 사이버 명예훼손에 있어서 진지하게 고민해야 할 중요한 쟁점이 바로 공인의 업무에 관한 진실을 공표하는 것이 명예훼손죄의 구성요건해당성이 있는지의 문제이다. 최근 인터넷을 통한 국민들의 자유로운 표현이 활발해짐에 따라 정치인 등 공인에 대한 각종 사실적시 및 의견표명이 증대되고 있는데 우리 현행법 및 판례에 따르면 이러한 경우 아무리 진실을 적시하여도 일단 명예훼손죄에 해당되는 것으로 보고 다만 소극적으로 형법 제310조의 위법성 조각사유 여부를 검토한다.

결론적으로 말하자면 공인의 공적 영역에 관한 진실을 공표하는 것은 비범죄화해야 하는 것이 타당하다. 명예권도 헌법상 매우 중요한 기본권으로 재산권이나 생명권에 비하여 그 중대성이 결코 뒤지지 않는 점, 특히 사이버 명예훼손의 경우 피해 정도가 매우 심각한 점, 명예훼손에 대한 구제를 민사적인 영역에만 맡길 경우 개인의 자금과 능력 등에 따라 피해구제를 충분히 받지 못할 수 있다는 점, 아무리 적시한 내용이 진실에 부합한다고 할 지라도 개인의 병력, 가정환경 등 프라이버시와 관련된 내용까지 공개적으로 표현하는 것을 표현의 자유 및 알권리의 이름으로 보호하는 것은 타당하지 않는 점, 사생활에 관한 것이 아니더라도 공인이 아닌 사인의 사생활 이외의 영역에 대한 진실을 불특정 다수인에게 공개하는 것은 절대적인 표현의 자유의 영역이라 할 수 없다는 점 등에서 전면적 비범죄화 또는 사실적시 명예훼손죄의 비범죄화는 타당하지 않다.

그러나 국민으로서 국가, 정부의 정책 등에 대하여 진실을 공표할 표현의 자유 및 알권리는 공인의 명예권보다 우위에 있는 상위 기본권이다. 우리 헌법이 제1조에서 천명하는 국민주권주의는 우리나라 나아가 세계 보편적인 근본적 국가이념이고 이를 구현하기 위한 중요한 장치가 국민으로서 국가, 정부의 정책 등에 대하여 진실을 공표할 표현의 자유 및 알권리의 보장이기 때문이다. 따라서 표현의 자유 중 이러한 좁은 의미의 정치적 표현의 자유는 국민주권주의를 실현하기 위한 표현의 자유의 본질적 영역으로 어떠한 이유에서든지 제한해서는 안되는 것이고, 공인은 명예권 제한을 수인해야 한다. 따라서 공인의 공적 영역과 관련된 진실한 사실을 적시하는 것은 범죄로서의 불법성이 없어 구성요건해당성 자체가 인정되지 않는다. 그럼에도 불구하고 이를 일단 명예훼손죄의 구성요건으로 포섭하고 있는 현행법 체계는 기본권 제한 요건인 비례의 원칙에 반한다. 또한 정책적으로도 정치인 등 공인이 정치적 진실을 은폐하기 위한 수단으로 명예훼손죄 고소, 고발을 남용하는 것을 막기 위하여도 명예훼손죄의 비범죄화가 필요하다. 더불어 명예훼손죄의 구성요건인 ‘사실 적시’의 개념이 불명확하다는 점이 적시내용의 허위성 여부를 불문하고 명예훼손죄로 처벌되는 우리 형법 시스템과 결합되어, 단순히 정치적 풍자, 만평과 같이 의견표명으로 볼 수 있는 표현행위에 대하여도 사실 적시 명예훼손죄로 기소함으로써 국민들의 정치적 표현의 자유를 중대하게 침해하는 상황이 발생할 수 있고 실제로 적지 않게 발생하고 있다는 문제를 고려할 때도 비범죄화를 해야 할 현실적 필요성이 있다.

특히 사이버 명예훼손죄의 경우 쌍방향성이라는 특수성이 비범죄화의 필요성을 더욱 뒷받침해준다. 사이버 공간에서 명예훼손적 표현이 적시되는 경우 순식간에 수많은 사람들이 이를 접하고 자기 나름의 의견을 개진하며 일종의 토론의 장이 형성된다. 이러한 토론의 대상이 공인의 공적 영역에

관한 내용이라면 이야말로 국민에 의한 정치참여, 진정한 민주정치라고 할 수 있다.

구체적으로 비범죄화의 대상인 공인은 국민의 상시적인 감시와 비판을 수인할 의무가 있는, 업무집행에 있어서 오로지 국민의 이익만을 추구해야 하는 국가적 업무를 수행하는 사람으로서 그 업무수행이 실질적으로 정부 정책을 결정할 수 있을 정도의 위치에 있는 고위공직자 및 정치인이 해당된다고 판단된다. 그리고 공적 영역의 범주는 독일의 인격영역이론을 참고할 수 있는데 공인의 생활영역을 크게 내밀 영역, 사적 영역, 사회적 영역으로 나누어 원칙적으로 사회적 영역이 공적 영역에 해당된다고 할 것이고 다만 사적 영역의 경우는 상황에 따라서 공인의 자질, 도덕성 등과 관련된 내용이라면 공적 영역으로 포섭될 수 있다.

한편 공인의 명예권이 부당하게 침해되지 않기 위하여는 검사가 적시사실의 허위성을 어느 정도 입증해야 하는지를 고려해야 하고, 허위사실 명예훼손죄에 대한 대법원 판례를 참고할 수 있다. 즉 피의자는 적시내용이 진실하다는 단순 주장에 나아가 합리적인 수궁이 들 정도의 소명을 해야 한다. 또한 주관적 측면에서도 피의자가 적시내용이 허위임을 알지 못했다고 변소하는 경우 소명자료의 존재 및 내용, 피의자가 밝히는 사실의 출처 및 인지 경위 등을 토대로 피의자의 학력, 경력, 사회적 지위 등 제반사정을 종합하여 그 변소가 타당한지 여부를 판단하는 것이 타당하다.

한편, 이 경우 민사상 명예훼손 또는 프라이버시권 침해로 인한 불법행위 책임을 물을 수 있는지가 문제되는데 비범죄화의 근거를 고려할 때 민사상 명예훼손의 불법성도 인정되기 어렵다고 판단되고, 공공의 이해와 관련되어 공중의 정당한 관심의 대상이 되는 사항이므로 프라이버시권 침해도 쉽게 인정되기는 어려울 것으로 보인다.

또한 명예훼손 내지 개인의 인격침해와 관련된 범죄의 처벌을 규정하고

있는 다른 법률에 대한 검토가 필요한데, 공직선거법의 후보자비방죄의 경우 선거과정에서 국민의 알권리와 표현의 자유에 대한 더욱 강력한 보호가 요구되고, 후보자의 공직적격성 여부와 관련하여 국민들에게 진실을 알리는 것은 비방이라고 보기 힘들기 때문에 명예훼손죄와 마찬가지로 비범죄화가 요구된다. 그리고 사실적시와 함께 개인정보가 같이 노출되었을 때 개인정보보호법위반죄가 문제될 수 있는데 공인은 공적 영역과 관련된 자신의 개인정보가 이미 공개된 것인지 여부와 상관 없이 국민들에게 공개적으로 알려지는 것을 감수해야 할 의무가 있고, 이는 국민들의 당연한 알권리의 대상이기 때문에 개인정보보호법위반죄가 인정되기 어려울 것으로 보이고 다만 이 경우 어떠한 공개된 개인정보가 공적 영역과 관련된 공공성을 가진 정보인지 여부를 판단하는 것이 중요할 것이다. 또한 모욕죄 성부가 문제되는데 사실을 적시하는 것보다 단순한 주관적인 의견을 표명하는 것은 오히려 더 강력한 표현의 자유의 보호를 해주어야 한다는 측면에서 비범죄화하는 것이 마땅하다. 다만, 그 의견표현이 표현 방식, 내용 등에 비추어 다분히 악의적이고 현저히 상당성을 잃었다고 인정되는 경우에는 모욕죄로 처벌해야 하는 것이 당연하고, 결국 명예훼손죄와 달리 개별 사안마다 판단해야 하므로 법률에 비범죄화의 영역을 명시하기는 어렵다고 보여지고 판례의 해석에 맡겨야 할 것으로 생각된다.

개개인의 권리의식, 자유가 날이 갈수록 증대되고 인터넷 매체기술이 날이 갈수록 발달해가는 현대사회에서 명예훼손 문제가 개입되지 않는 경우가 거의 없다 해도 과언이 아니다. 사이버 공간의 특수성에 대한 이해를 기본으로 명예권과 표현의 자유를 적정하게 조화시키는 방향으로 사이버 명예훼손죄에 대한 현행법 제도를 올바르게 해석하고 정비해 나가야 할 것이다.

〈참고문헌〉

1. 국내 문헌

(1) 단행본

형사법

김일수·서보학, 새로쓴 형법총론, 박영사, 2014

김일수·서보학, 새로쓴 형법각론, 박영사, 2015

김성돈, 형법각론, 성균관대학교 출판부, 2018

명예훼손실무연구, 서울중앙지방검찰청, 2015

박상기, 형법각론, 박영사, 2011

배종대, 형법총론, 홍문사, 2017

배종대, 형법각론, 홍문사, 2015

범죄백서, 통권 제34호, 법무연수원, 2017

손동권, 새로운 형법총론, 율곡출판사, 2011

손동권, 새로운 형법각론, 율곡출판사, 2013

신동운, 형법총론, 법문사, 2017

신동운, 형법각론, 법문사, 2017

오영근, 형법총론, 박영사, 2018

오영근, 형법각론, 박영사, 2014

유기천, 형법학, 일조각, 1982

이재상·장영민·강동범, 형법총론, 박영사, 2017

이재상·장영민·강동범, 형법각론, 박영사, 2017

이정원, 형법각론, 신론사, 2012

주석형법/형법각칙(4), 한국사법행정학회, 2006

기타

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008

박용상, 명예훼손법, 현암사, 2008

정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2016

허영, 한국헌법론, 박영사, 2013

(2) 논문

형사법

강동범, “사이버 명예훼손 행위에 대한 형법적 대책”, 형사정책 제19권 제1호, 2007

권오걸, “공직선거법상 후보자비방죄에 관한 연구-표현의 자유와 선거의 공정과의 조화의 관점에서-”, 법학연구 제49권 49호, 한국법학회, 2013

권창국 “사이버공간에서의 표현의 자유와 한계- 사이버공간에서의 명예훼손에 대한 형사법적 규제와 인터넷실명제 도입문제를 중심으로-”, 형사정책연구 제19권 제4호, 형사정책연구원, 2008

김기홍 “사이버 명예훼손과 모욕의 형사책임에 관한 연구”, 중앙대학교 대

학원 석사학위 논문, 2015

김상호, “언론의 명예훼손”, 비교형사법연구, 1999

김성돈(a), “인터넷상의 웹하드 서비스제공자의 형사책임”, 성균관법학 제 22권 제2호, 2010

김성돈(b), “진실적시명예훼손죄 폐지론”, 형사정책연구 제27권 제4호, 한국형사정책학회, 2016

김성돈(c), “속인주의와 형법 제3조의 재음미”, 성균관법학 제17권 제2호, 2005

김신규, “사이버명예훼손·모욕행위에 대한 형사규제의 개선방안”, 비교형사법연구 제19권 제4호, 2018

김일수, “명예훼손죄를 어떻게 이해할 것인가”, 안암법학, 1993

김주영, “미국의 명예보호 관련 법제”, 한국법제연구원, 2009

김준호, “형법 제307조 제1항의 비범죄화에 관한 소고”, 공익과 인권 제4권 제2호, 서울대학교 공익인권법센터, 2007

김진, “공적인 인물에 대한 명예훼손에 관한 고찰-새로운 모색을 위한 제언-”, 형사법의 신동향 통권 제36호, 2012.9.

김혜경, “사이버공간에서의 표현행위와 형사책임”, 형사정책연구원 연구총서, 한국형사정책연구원, 2005

김혜정, “인터넷상 명예훼손·모욕죄의 형사법적 통제에 관한 소고”, 홍익법학 제12권 1호, 홍익대학교 법학연구소, 2011

마용주, “사이버스페이스와 표현의 자유-미국의 새로운 경향 및 이론들의 소개를 중심으로”, 재판자료 103집, 법원도서관, 2003

박광민, “인터넷상의 명예훼손에 대한 형사법적 규제”, 형사법연구 제24호, 한국형사법학회, 2005

박요나, “사실적시 명예훼손죄에 대한 연구”, 석사학위논문, 서울대학교

- 대학원, 2011
- 배상균, “허위사실적시 명예훼손에 있어서 진실성의 착오에 관한 검토-일본 학설 및 판례를 중심으로”, 외법논집 제40권 제2호, 2016
- 서보학, “명예에 관한 죄 규정의 개정방안”, 형사법개정연구(IV: 형법각칙 개정안, 한국형사정책연구원, 2009
- 손태규, “형법상 명예훼손죄의 폐지”, 공법연구 제41집 제2호, 한국공법학회, 2012
- 오경식·황태정·이정훈, “명예훼손과 온라인서비스제공자의 형사책임”, 형사정책 제22권 제1호, 한국형사정책학회, 2010
- 오영근, “일본 제정형법가안에 관한 일고찰”, 형사정책연구 통권 37호, 한국형사정책연구원, 1999
- 원형식, “사이버 공간에 있어서 우리나라 형법의 적용범위”, 인터넷법률 제10호, 법무부, 2002
- 윤상민, “형법상 정치인의 명예보호”, 법학연구 제29권 제3호, 한국법학회, 2013
- 윤종행, “사이버 명예훼손죄에 있어서 비방의 목적과 공익 관련성”, 형사정책 제18권 제1호, 한국형사정책학회, 2006
- 윤해성·김재현, “사실적시 명예훼손법제의 비범죄화 논의와 대안에 관한 연구”, 형사정책연구원 연구총서, 한국형사정책연구원, 2018
- 이근우(a), “명예훼손죄의 해석, 적용상의 몇가지 문제”, 법학논총 제25권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2008
- 이근우(b), “노동쟁의에 대한 업무방해죄 적용의 축소 가능성”, 비교형사법연구 제12권 제2호, 2010
- 이상원, “사이버 범죄에 관한 토론문”, Law & Technology 제5권 제3호,

서울대학교 기술과 법센터, 2009

- 이용식(a), “형법에서의 이익형량”, 서울대학교 법학, 제48권 제2호, 2007
- 이용식(b), “명예훼손행위의 위법성조각사유로서의 공익성 판단과 공적인
물 이론”, 경찰학논총 제5권 제2호, 경찰학연구소, 2010
- 이정원, “사이버 공간에서의 명예훼손에 대한 형법적 규제”, 법학논문집
제32집 제1호, 중앙대학교 법학연구원, 2008
- 이종영, “독일 멀티미디어법”, 법제(9월호), 법제처, 1998
- 이혜미, “형법상 명예훼손죄의 개정논의와 쟁점”, 국회입법조사처 ‘이슈
와 논점’ 제401호
- 이호중, “위험정보의 유통과 ISP에 대한 형법적 규제”, 한국비교형사법학
회 하계국제학술대회 발표문, 2003
- 이희경, “정치인에 대한 명예훼손죄-비교법적 고찰을 중심으로-”, 형사정
책 제21권 제1호, 한국형사정책학회, 2009
- 전지연, “사이버공간에서 형법적 적용범위의 수정·제한”, 법조 52권 11호.
법조협회, 2003
- 정대관, “사이버공간에서의 명예훼손죄”, 성균관법학회, 성균관대학교 비교
법연구소, 2005
- 정소영, “사생활 보호에 대한 형사법적 연구”, 박사학위논문, 연세대학교 대
학원, 2012
- 정정원, “SNS게시물의 작성, 재게시행위와 인터넷상 명예훼손”, 법과 정
책연구 제12집 제3호, 한국법정책학회, 2012
- 조국(a), “사실적시 명예훼손죄 및 모욕죄의 재구성”, 형사정책 제25권 제
3호, 한국형사정책학회, 2013
- 조국(b), “공직선거법상 ‘사실적시 후보자비방죄’에 대한 비판적 소론”,
비교형사법연구 제17권 1호, 한국비교형사법학회, 2015

- 최관호, “표현의 자유에 대한 형사법적 규제의 법리와 그 대안”, 민주법학 제50호, 민주주의법학연구회, 2012
- 최란, “명예훼손죄의 비범죄화 주장에 대한 비판적 고찰”, 석사학위논문, 고려대학교 대학원, 2013
- 최석운, “인터넷 명예훼손 및 모욕죄와 형법적 대응방안”, 비교형사법연구, 제12권 제2호, 2010
- 최정일, “사이버 명예훼손죄의 구성요건 분석 및 형사법적 규제방안에 대한 소고”, 법학연구 제23권 제2호, 경상대학교 법학연구소, 2015
- 하민경, “구성요건해당성배제사유와 위법성조각사유의 구별기준”, 한양법학 제24권 제3집(통권 제43집), 2013
- 황태정, “정보통신서비스제공자의 책임자에 관한 비교법적 고찰”, 인터넷 법률 통권 제28호, 법무부, 2005

기타

- 권태상, “공적 인물에 대한 명예훼손”, 비교사법 제22권 2호, 2015
- 김수정, “사생활의 자유와 언론의 자유의 형량-공공장소에서 촬영된 공적 인물의 사진보도에 관한 유럽의 논의를 중심으로-”, 민사법학 31호, 한국민사법학회, 2006
- 김재형(a), “언론의 사실보도로 인한 인격권 침해”, 서울대학교 법학 39권 1호, 서울대학교 법학연구소, 1999
- 김재형(b) “공인보도와 인격권”, 언론중재 제34권 제4호 통권 133호, 2014
- 문재완(a), “표현의 자유와 민주주의-청자 중심의 표현의 자유이론을 위한 서론-”, 세계헌법연구 제17권 2호, 2011
- 문재완(b), “공인에 대한 명예훼손”, 법조 51권 8호, 법조협회, 2002

- 박경신, “진실적시에 의한 명예훼손 처벌제도의 위헌성”, 세계헌법연구 제16권 제4호, 2010
- 배윤정, “CMC 상에서의 페르소나 형성에 관한 연구”, 석사학위논문, 전남대학교 대학원, 2002
- 손원선, “독일법상의 언론·출판의 자유와 명예 내지 인격권 보호”, 민사법학 제17호, 한국민사법학회, 1999
- 손형섭 “프라이버시권·명예권·언론의 자유의 법적 관계”, 언론과 법 제7권 제1호, 2008
- 송석운, “공적 인물의 인격권과 언론의 자유-독일 연방헌법재판소와 유럽인권법원의 캐롤라인 결정을 중심으로-”, 공법연구 제39집 제1호, 한국공법학회, 2010,
- 심석태, “공인개념의 현실적 의의와 범위에 대한 고찰”, 언론과법, 한국언론법학회, 2011
- 염규호, “공적 인물과 명예훼손-미국 언론법의 ‘현실적 악의’를 중심으로”, 언론중재. 2000 봄호
- 임지봉, “업무방해죄의 적용에 관한 헌법적 고찰-헌법재판소 결정의 규범적 이해”, 노동법학 제34호, 2010
- 전원열, “명예훼손 불법행위에 있어서 위법성 요건의 재구성”, 박사학위논문, 서울대학교 대학원, 2001
- 한봉조, “정보화사회의 법률문제와 정보보호”, 한국정보법학회 제3회 세미나 발표자료, 1996
- 한수웅, “표현의 자유와 명예의 보호-한국, 독일과 미국에서의 명예훼손 법리에 관한 헌법적 고찰과 비판을 겸하여-”, 저스티스 통권 제84호, 한국법학원, 2005
- 한위수(a), “공인에 대한 명예훼손의 비교법적 일고찰- ‘현실적 악의’ 원칙을 중심으로”, 언론과 법 창간호(통권 제1호), 한국언론법학회,

2002

한위수(b), “명예훼손과 민사상의 제문제”, 사법논집 제24집, 법원행정처,
1993

2. 외국문헌

Cass R. Sunstein, “Free Speech Now”, 59 U.Chi.L.Rev. 255, 1992

David A. Anderson, “Is Libel Law Worth Reforming?”, 140 U. Pa. L. rev.
487, 1991

John Kelly, “Criminal Libel and Free Speech”, Kansas Law Review, 6,
1958

J. Philip Bahn, “Constitutionality of the Law of Criminal Libel”, 52
Columbia Law Review 521, 1952

J. Thomas McCarthy, The Rights of Publicity and Privacy, Vol 1,
Thomson/West(2013)

Jennifer Meredith Liebman, “DEFAMED BY A BLOGGER: LEGAL
PROTECTIONS, SELF-REGULATION AND OTHER
FAILURES”, U.I.L.J.L.Tech&Pol’y.(University of Illinois
Journal of Law,Technology and Policy)343, 2006

Jennifer O’ Brien, “Putting a Faceto(Screen) Name: The First
Amendment Implications of Compelling ISPs to Reveal the
Identities of Anonymous Internet Speakers in Online
Defamation Cases”, 70 Fordham Law Review 2745, May
2002

- Norman L. Rosenberg, *Protecting the Best Men: an interpretive history of the law of libel*. University of North Carolina Press, 1986
- Jo M. Pasqualucci, “Criminal Defamation and Evolution of the Doctrine of Freedom of Expression in International law: Comparative jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights“, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 39, 2006
- Article 19, “Putting Expression Behind Bars: Criminal Defamation and Freedom of Expression“ Background paper for EU NGO Forum, London, United Kingdom, 2005. 12.
- Clive Walker, “Reforming the Crime of Libel“, *New York Law School Law Review*, 50, 2006
- Frederick Schauer, “Public Figures” , 25 *Wm. & Mary L. Rev.*, 1984
- David Pritchard, “Rethinking Criminal Libel: An Emprical Study“, *Communication Law & Policy*, 14, 2009
- Michael L. Rustad, Thomas H. Koenig, “REBOOTING CYBERTORT LAW” , 80 *Wash .L. Rev.* 2005
- Robert A. Leflar, “The Social Utility of the Criminal Law of Defamation” , 34 *Texas Law Riview*
- Adolf Schönke/Horst Schröder외 7인, *Strafgesetz Kommentar*, 29, 2014
- Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, *Strafgesetzbuch* 5. Auflage 2017
- Tröndle/Fischer, *StGB* 49, Aufl. 1999
- 大谷 實, *刑法講義 各論*, 成文堂, 2000
- 大谷 實, *刑法講義 各論*, 成文堂, 2013
- 大塚 仁, *刑法概説 各論*, 有斐閣, 2005
- 山田隆司, *名譽毀損一表現の自由をめぐる攻防*, 岩波新書, 2009

<Abstract>

A Study on the Criminal Issues about Cyber Defamation

Park, Jung Nan

Law, Criminal Law

The Graduate School

Seoul National University

In modern society, cyber defamation crimes are increasing continuously as the Internet is used as a universal means of communication for people. Deciding whether the behavior is cyber defamation crime or not, is by no means a light matter, given that not only should the constitutionally important basic rights of freedom of expression and personal rights be reconciled, but also the special nature of cyberspace should be considered.

Cyber defamation is more provocative due to its anonymous and non face-to-face feature in the cyberspace. Also the damage is more serious because of its transcendence of space and time and ease of collecting information. On the other hand, its interactive features enable immediate rebuttal of victims and debate by third parties. Given these characteristics, there is an argument that legal regulations on cyber defamation should be eased than the regulations on general defamation, as

people judge postings to be less credible and victims' rebuttal is also easier. However, this argument is not valid, considering the more serious damage caused by cyber defamation and the difficulty of the victim's rebuttal to keep up with the propagation speed of the expression.

Unlike the United States, Germany, and Japan, Korea has a dual system of law, which are the criminal law and a special penal code for cyber defamation. Today, however, the universal form of defamation is rather a cyber defamation offense, which requires the unification of the two to the criminal code.

On the other hand, even if the victim was identified only by his/her or their ID and the personal information cannot be specified with the postings and the circumstances surrounding them, it is reasonable to acknowledge and protect 'the person who owns the ID' as a victim. Given the emergence of online-based jobs and such, today's cyberspace is no longer a virtual space, and we need to protect one's reputation in the cyberspace. However, the network and a reputation will need to be built by using the ID for a considerable period of time.

According to the penal code for cyber defamation, 'slandering purpose' is required as an additional structural element in order to constitute cyber defamation, which is not valid. Slandering purpose and intention of defamation are only different to the extent of one's subjective will, and it is not easy to tell them apart. Also, the lack of subjective will does not mean that illegality is reduced just because it is an act in the cyberspace.

Due to the nature of the cyberspace, cyber defamation is conducted in various types, including copying a post and leaving a URL, and the problem is whether this corresponds to "specifying the facts". Copying a

post is the same as someone's words in the real space, so it's "specifying the facts". Also, the criminal controls the case, so it makes him/her or them a principal offender. However, leaving a URL is not "specifying the facts", because it only provides location information as to where the expression exists. "Specifying the facts " means that the expression is made public so that it can be recognized by an unspecified or multiple people. However, in the case of leaving a URL, there should be a separate action which is called a click, and if one does not click the URL, one does not even have the possibility to recognize the expression; thus, this is hardly "specifying the facts".

Meanwhile, due to the spatial transcendence of the cyberspace, the scope of the penal code is problematic. Since cyber defamation does not require the occurrence of results as a structural element, the place of an act is only a place of an offense in the territorial principle. But even if it is not subject to the territorial principle and the personal principle, if the victim is Korean, the Korean criminal law can be applied with the protection of Article 6 of the Criminal Law as a requirement for dual criminality. This can harmonize the protection of its nationals, the principle of trust, and the stability of the international legal order.

Cyber defamation raises the issue of criminal punishment of third-party Internet service providers as well as who have committed the crime themselves. Punishing an Internet service provider under certain conditions is not contrary to the principle of self-responsibility, given that the service provider earns huge amounts of income by providing a publishing space, has significant social influence, and also has the technical ability to control the publication. In fact, foreign countries, including the United

States, Germany and Japan, have prepared provisions for the legal liability of Internet service providers in their laws on information and communication networks, and the requirements for the provisions are whether the provider recognizes the expression or not and the technical feasibility of blocking the expression.

On the other hand, Korea does not have the above legal basis, but the Supreme Court recently made clear the requirements of the Internet service provider's liability for civil damages in its ruling. The requirements are: first, the illegality of the post is obvious; second, the victim has made a request for deletion or the provider knew or could know the existence of the post; third, the service provider was allowed to control the postings technologically and economically, and; lastly, the provider left them unattended for a considerable period of time.

The Internet service provider's criminal responsibility is an act of negligence after the article has been posted, he is not a principal offender because he or she/they do not control the crime. It is reasonable to regard it as a crime of aiding and abetting, because due to the nature of cyber defamation, the act of defamation can be considered to continue until the posting is deleted. Scholars argue that the Internet service provider has a safety obligation as the manager of a hazard by virtue of its axiom as the obligation of a crime of omission. However, since the concept is too comprehensive and goes against the principle of clarity and trust, it is deemed reasonable to establish a clear legal basis for the duty, as in foreign countries mentioned above.

Meanwhile, free communication through the Internet has also brought about the revitalization of people's political participation, and thus

defamation of public figures, including politicians, has become an important legal issue. According to the current law and precedents, no matter how much truth is stated, it constitutes defamation, but exceptionally can be legitimate under Article 310. However, this is not reasonable and it is appropriate to decriminalize disclosure of the truth about the public domain of public figures. The freedom of expression and the right to know the truth about the state, government policies and such as a people are a basic right superior to the honorary rights of public figures, and are the most important devices to realize the constitutional principle of Article 1 of the Constitution, the principle of national sovereignty. In other words, the freedom of political expression is an essential area of freedom of expression and should not be restricted for any reason to the essential realm of freedom of expression, and the consequent restriction of public honorary rights should be accepted. Therefore, it is not illegal to specify the truth about the public domain of public figures, and the criminal code stipulating them as defamation is unconstitutional in violation of the principle of proportionality. In policy, non-criminalization is necessary to prevent politicians from engaging in strategic containment lawsuits and to prevent the abuse of charges against political satire and other statements of opinion.

In particular, the fact that the guarantee of freedom of political expression conducted within the cyberspace is the basis for active participation in politics and realization of genuine democratic politics by the people because of its special nature of interactivity, further supports the need for non-criminalization.

A public figure subject to non-criminalization is a person who carries out

state affairs, must accept constant criticism and surveillance of the people, and must pursue only the interests of the people in the execution of their duties. And it should be a position to actually determine government policies and contents. Therefore, one can say that high-ranking government officials and politicians fall into this category. In addition, the living area of a public person can be divided into secret areas, private areas and social areas, and in principle, the social areas are the public domain, and private areas can be regarded as the public domain if they are related to the quality of public figures, morality and such. And in order to ensure that the honorary rights of public figures are not unjustly infringed, it is necessary to refer to the interpretation of Supreme Court precedents for defamation of false information in connection with the proof of truth.

On the other hand, considering the basis of non-criminalization, it is considered difficult to recognize the civil illegality of defamation and the violation of privacy rights is also not easily recognized, as it is related to public matters. If one looks into the relevant punishment law, there is a need for non-criminalization on the same grounds for vilifying candidates. In the case of contempt, non-criminalization is necessary in that subjective opinion should be protected more than fact, but malicious and irrational expressions should be punished, so each case should be judged. Meanwhile, crimes against the violation of the Personal Information Protection Act should be judged on each individual case to determine whether the disclosed personal information of the public official is related to public matters.

keywords : cyber defamation, the honor of ID owner, specifying facts, the scope of penal code, criminal liability of ISP, decriminalization

Student Number : 2011-31051